



UNPRG | UNIVERSIDAD NACIONAL
PEDRO RUIZ GALLO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



**MÉTODOS DE CONTROL ESTATAL CONTRA
LA CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS,
IUS PUNIENDI PENAL Y IUS PUNIENDI
ADMINISTRATIVO:
*ANÁLISIS, CRÍTICAS Y PROPUESTAS.***

TESIS QUE PARA OPTAR:
TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

PRESENTA:

Bach. JORGE PABLO MUNDACA ÁNGELES

ASESOR:

Mg. ALEJANDRO ENRIQUE CALLE MENDOZA

LAMBAYEQUE - PERÚ

MAYO, 2019



UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



TESIS

MÉTODOS DE CONTROL ESTATAL CONTRA LA CORRUPCIÓN DE
FUNCIONARIOS, IUS PUNIENDI PENAL Y IUS PUNIENDI
ADMINISTRATIVO: *ANÁLISIS, CRÍTICAS Y PROPUESTAS.*

APROBADA POR:

Dr. José María Balcázar Zelada

PRESIDENTE

Mg. Francisco Santiago Delgado Paredes

SECRETARIO

Mg. Ricardo Ponte Durango

VOCAL

Mg. Alejandro Enrique Calle Mendoza

ASESOR

LAMBAYEQUE, 2019

DEDICATORIA:

A la memoria de mis abuelos, una parte de mi infancia se fue con ellos. A mis padres y hermano, por su apoyo incondicional. A Haller.

“DESDE QUE SE PUEDE DESOBEDECER IMPUNEMENTE, SE PUEDE LEGÍTIMAMENTE, Y PUESTO QUE EL MÁS FUERTE TIENE SIEMPRE LA RAZÓN, NO SE TRATA MÁS QUE EL DE PROCURAR SERLO. ¿QUÉ ES, PUES, UN DERECHO QUE PERECE CUANDO LA FUERZA CESA? SI ES PRECISO OBEDECER POR FUERZA, NO ES NECESARIO OBEDECER POR DEBER, Y SI LA FUERZA DESAPARECE, LA OBLIGACIÓN NO EXISTE. RESULTA, POR CONSIGUIENTE, QUE LA PALABRA *DERECHO* NO AÑADE NADA A LA FUERZA NI SIGNIFICA NADA EN ABSOLUTO.”

.ROUSSEAU, Juan Jacobo - El contrato social.

ÍNDICE:

1.INTRODUCCIÓN:	10
2. RESUMEN:	12
3. ABSTRACT:	16
I. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	20
II. IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN:	20
III. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA:	21
• Problema general:	21
• Problemas específicos:	21
IV. OBJETIVOS	22
• Objetivo General	22
• Objetivos Específicos	22
V. HIPÓTESIS GENERAL	23
VI. VARIABLES	23
VII. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN:	23
a) Investigación Analítica:	23
b) Investigación Descriptiva:	24
VIII. DISEÑO DE CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS:	25
• POBLACIÓN	25
• MUESTRA	26
IX. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS:	26
• TÉCNICAS	26
• INSTRUMENTOS	26
X. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS:	26
CAPÍTULO I:	31
ANÁLISIS DEL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN	31
1.1. LO QUE ENTENDEMOS POR CORRUPCIÓN Y LAS DIFERENTES PERSPECTIVAS DE ENFOQUE:	31
1.2. $C = M + D - A$, LA FÓRMULA DE ROBERT KLITGAARD	33
1.3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN:	35

1.4. LA PERSPECTIVA EMPRESARIAL SOBRE LA CORRUPCIÓN Y EL <i>COMPLIANCE PENAL</i> :	39
1.5. LA INTRODUCCIÓN DEL <i>COMPLIANCE PENAL</i> EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO	41
CAPÍTULO II:.....	45
LA RESPUESTA REPRESORA DEL ESTADO	45
2.1. LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, <i>IUS PUNIENDI</i> :	45
2.2. JUSTIFICACIÓN DEL <i>¿POR QUÉ CASTIGAR?</i> , DESDE LA PERSPECTIVA FOUCAULTIANA:	47
3. CAPÍTULO III	60
EL <i>IUS PUNIENDI PENAL</i> :	60
3.1 LA FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL:	60
a) Finalidad del Derecho Penal como SEGURIDAD JURÍDICA:.....	61
b) Finalidad del Derecho Penal como DEFENSA SOCIAL:	63
3.2. EL DERECHO PENAL COMO MATERIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL: ..	65
a) <i>COMO DISCIPLINA DE OBSERVACIÓN</i>	65
b) <i>COMO UN CAPÍTULO MÁS DE LA POLÍTICA DEL ESTADO</i>	65
3.3. CRÍTICA A LA FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL DESDE LA ÓPTICA DE LA CRIMINOLOGÍA MODERNA:.....	68
a) LA TEORÍA DEL ETIQUETAMIENTO:	68
b) DELINCUENTES DE CUELLO BLANCO	71
3.4. GARANTISMO PENAL DESDE LA ÓPTICA DE FERRAJOLI:	72
3.5. LA LEGISLACIÓN PENAL EN MATERIA DE DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN NUESTRO PAÍS:	76
a) LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO BIEN JURÍDICO GENÉRICO:.....	76
b) TEORÍA DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER:.....	78
c) SUJETO ACTIVO CALIFICADO	80
3.6. EL NUEVO PROCESO DE <i>PÉRDIDA DE DOMINIO</i> COMO COMPLEMENTO DE LA ACCIÓN DEL ESTADO EN CASOS DE CORRUPCIÓN	82
CAPÍTULO IV:.....	86
<i>IUS PUNIENDI ADMINISTRATIVO</i>	86
EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	86

4.1. TEORÍAS QUE ABORDAN LA PROBLEMÁTICA QUE PRESENTA LA DISTINCIÓN ENTRE ILÍCITO ADMINISTRATIVO E ILÍCITO PENAL:	88
a) Teorías diferenciadoras:	88
b) Teoría unitaria:	91
c) Teoría Eclécticas:	91
4.3. APLICABILIDAD DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL AL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.	93
4.4. POSICIÓN DISIDENTE: DERECHO CONSTITUCIONAL COMO FUENTE DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	96
4.5. SOBRE EL PRINCIPIO DEL <i>ne bis in ídem</i> AL CONCURRIR PENA Y SANCIÓN ADMINISTRATIVA.	97
a) PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES EN EL DERECHO PERUANO	98
4.6. SOBRE EL PRINCIPIO DEL <i>ne bis in ídem</i> AL CONCURRIR SANCIONES ADMINISTRATIVAS DE CARÁCTER SANCIONADOR Y DISCIPLINARIO	100
CAPÍTULO V	104
EL SISTEMA NACIONAL DE CONTROL	104
5.1. EL CONTROL GUBERNAMENTAL:	105
5.2. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR POR RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA FUNCIONAL A CARGO DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.	107
5.3. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EXP. N.º 0020-2015-PI/TC:	108
A) Sobre la vulneración del principio de legalidad en la que incurre el reglamento de infracciones de la ley orgánica de la contraloría general de la república:	108
b) Vulneración del derecho fundamental de acceso a la función pública:	111
5.4. POTESTAD SANCIONADORA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y EL ÁMBITO DE APLICACIÓN:	112
a) PRINCIPIOS POR LOS QUE SE RIGE EL PRESENTE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	114
CAPÍTULO VI	123
PROPUESTAS ALTERNATIVAS CONTRA LA CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS	123
6. SERVICIO DE CONTROL SIMULTÁNEO	125
6.1. MODALIDADES DEL SERVICIO DE CONTROL SIMULTÁNEO	126

a) ¿A QUÉ PROCESOS EN CURSO DE LA ENTIDAD SE PUEDE APLICAR?	128
b) RESPONSABILIDADES DEL TITULAR DE LA ENTIDAD.....	129
6.2. PROCESO DE CONTROL CONCURRENTE:	130
I. ACTIVIDADES PREVIAS AL CONTROL CONCURRENTE (PLANIFICACIÓN):	130
6.3. EJECUCIÓN DEL CONTROL CONCURRENTE EN LA ENTIDAD:	142
7. <i>THE WHISTLEBLOWER PROTECTION ENHANCEMENT ACT</i> (LEY DE MEJORA DE LA PROTECCIÓN A LOS INFORMANTES)	143
7.1. LA PROTECCIÓN A LOS DENUNCIANTES EN LOS ESTADOS UNIDOS.....	152
CAPÍTULO VII.....	156
CONCLUSIONES:.....	156
BIBLIOGRÁFICA	158
ANEXOS:	164

1. INTRODUCCIÓN:

La presente investigación se centra en el tema más importante y trascendental que afronta nuestra sociedad, nos referimos a la corrupción institucionalizada y los esfuerzos legislativos para paliar sus nocivas consecuencias y, ¿por qué no?, lograr revertir esta batalla que parece perdida.

La realidad actual de nuestro país se caracteriza por una epidemia de corruptela en todas nuestras instituciones públicas, las investigaciones fiscales y reportajes periodísticos de la prensa independiente han desatado una ola de indignación ciudadana, nunca antes vista en nuestra historia republicana.

Hoy más que nunca se cumple aquel nefasto adagio del pensador anarquista Gonzales Prada: *“el Perú es un organismo enfermo, donde se pone el dedo, salta pus”*

Es que la corrupción socava la legitimidad del Estado y con ello su fundamento democrático, altera el correcto y normal funcionamiento de la administración pública, enerva el patrimonio estatal y la ética en el ejercicio de funciones públicas.

En tal sentido, nuestra investigación se centra en analizar las causas, características y consecuencias de la corrupción en nuestro país y la respuesta estatal a aquel problema. Asimismo, cuestiona la política criminal adoptada por nuestro sistema punitivo desde la criminología crítica y, finalmente, propone nuevos métodos de control, prevención y sanción contra este flagelo de la sociedad democrática.

Cabe mencionar que el objeto de nuestro estudio entiende al *IUS PUNIENDI* como un poder único, pero con dos manifestaciones claramente diferenciadas: penal y administrativo sancionador.

2. RESUMEN:

En América Latina y, especialmente, en nuestro país, la corrupción es un problema de grave repercusión en diferentes niveles de la sociedad, llegando a poner en grave peligro la gobernabilidad y armonía social.¹

En consecuencia el Estado en el uso de su derecho y deber de sancionar², refuerza legislativamente al Derecho Penal, adoptando diferentes medidas, entre ellas podemos citar: a) el aumento del quantum de las penas, b) la declaración de imprescriptibilidad³ de este tipos de delitos contra la administración pública, c) creación y expansión de juzgados y despachos fiscales especializados en la persecución y sanción del lavado de activos y corrupción de funcionarios, d) sanciones con penas represivas no sólo a personas naturales sino también a las personas jurídicas que sirvan de fachada o coadyuven en la comisión de este tipo de delitos.⁴

¹ Así lo demuestra la última encuesta nacional urbano-rural de **El Comercio**-Ipsos, realizada en el mes de abril del presente año, concluyendo que la **corrupción** es el principal problema del país en la actualidad: un 57% de entrevistados lo considera así. Este primer lugar no se repetía desde el 2010, durante el segundo gobierno de Alan García. La delincuencia y la falta de seguridad se ubican en segundo lugar con 55%. Le siguen una educación inadecuada con 31% y el desempleo y la falta de trabajo con 25%.

² ZAFFARONI Eugenio Raúl en "Tratado de Derecho Penal- parte general tomo I", EDIAR, 1° edición, Buenos Aires, Argentina, se pronuncia en el mismo sentido, afirmando que: *El estado no tiene "derecho" a inculpar ni a penar, sino que tiene el deber de hacerlo, porque es un deber que surge de su función misma, es decir, de la propia razón de su existencia. El Estado existe porque es necesario para posibilitar la coexistencia y, por ende, para esta función le resulta imprescindible inculpar y penar, porque de otro modo no puede tutelar adecuadamente ciertos bienes jurídicos contra ciertos ataques.*

³ Así lo estableció el Congreso de la República al emitir la Ley n.º 30650 que modifica el Art.º 41 de la Constitución Política del Perú, señalando que *el plazo de prescripción de la acción penal se duplica en caso de los delitos cometidos contra la administración pública o el patrimonio del Estado, tanto para los funcionarios o servidores públicos, como para los particulares. La acción penal es imprescriptible en los supuestos más graves, conforme al principio de legalidad.*

⁴ Respecto a las sanciones penales contra personas jurídicas en el ámbito de la lucha contra la corrupción tenemos la Ley N° 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional, siendo pertinente precisar que sólo se aplica para el delito de cohecho activo transnacional (art. 397-A del Código Penal –CP–), castigando al agente activo del tipo que soborna a un funcionario público de otro Estado u organismo internacional (art. 1)

Sin embargo, vemos que aún tras las diversas modificatorias realizadas y el adelanto de la barrera punitiva, la respuesta represiva del Estado sigue siendo parvo e insuficiente en la lucha contra la corrupción, un ejemplo claro de esto lo vemos en las reiteradas ocasiones en las que el Ministerio Público, dentro de un proceso penal, no cuenta con la data suficiente, ni el conocimiento técnico especializado en Gestión Pública y Contrataciones con el Estado para sustentar contundentemente una acusación penal por corrupción de funcionarios, dando origen a la impunidad de actos de corrupción que debieron ser sancionados; o en sentido contrario, muchas veces *el primer garante de la legalidad* impulsa denuncias de parte, que son maliciosas o defectuosas contra actuaciones legales y apegadas a derecho de funcionarios públicos, denuncias de parte salpicadas de tintes políticos que aumentan innecesariamente la carga procesal y vulneran derechos fundamentales.

Es en este contexto que nace una nueva figura jurídica dentro de la potestad sancionadora del Estado, se trata de la *responsabilidad administrativa funcional*, siendo que en el presente trabajo de investigación nos centraremos específicamente en el Sistema Nacional de Control como rama del *ius puniendi administrativo*.

Es con la Ley n.º 27785, promulgada el 22 de julio del 2002, con la que se regula el ámbito, organización, atribuciones y funcionamiento del Sistema Nacional de Control y se establece a la Contraloría General de la República como ente técnico rector de dicho sistema.⁵

Asimismo, es pertinente señalar que según el artículo 2º de la Ley citada, el objeto de la misma es el de *propender al apropiado, oportuno y*

⁵ Así lo establece el artículo n.º 1 de la Ley citada.

efectivo ejercicio del control gubernamental, para prevenir y verificar, mediante la aplicación de principios, sistemas y procedimientos técnicos, la correcta, eficiente y transparente utilización y gestión de los recursos y bienes del Estado, el desarrollo honesto y probo de las funciones y actos de las autoridades, funcionarios y servidores públicos, así como el cumplimiento de metas y resultados obtenidos por las instituciones sujetas a control, con la finalidad de contribuir y orientar el mejoramiento de sus actividades y servicios en beneficio de la Nación.
(Subrayado agregado).

En el aspecto metodológico, nuestra investigación busca abarcar una mirada continental del *ius puniendi*, analizando el total de cuerpos normativos y sus modificaciones a través del tiempo, no sólo del ámbito penal, sino además de la jurisdicción de la Contraloría General de la República, permitiendo dilucidar los engranajes del Sistema Nacional De Control, como máxima expresión de la barrera punitiva del Estado.

Finalmente es preciso señalar que no sólo se hará una investigación descriptiva sino además, una investigación crítica al campo de estudio en mención, puesto que analizaremos las formulaciones de la actual doctrina criminológica en la persecución y sanción de estos tipos de delitos contra la administración pública, resolviendo la interrogante de que si nuestra actual política criminal es acorde al garantismo penal y diversas posturas que aporta la criminología crítica o por el contrario requiere de transversales modificaciones para sancionar actos de corrupción sin vulnerar derechos constitucionales de los investigados.

El autor.

3. ABSTRACT:

In Latin America and, especially, in our country, corruption is a problem of serious repercussion at different levels of society, putting at risk serious governance and social harmony.

Consequently, the State in the use of its right and duty to sanction, strengthens legislatively the Criminal Law, adopting different measures, among them we can mention: a) the increase of the quantum of penalties, b) the declaration of non-applicability of this type of crimes against public administration, c) creation and expansion of courts and prosecutors specialized in the prosecution and sanction of money laundering and corruption of officials, d) penalties with repressive penalties not only to natural persons but also to legal persons that serve of façade or assist in the commission of this type of crime.

However, we see that even after the various modifications made and the advance of the punitive barrier, the repressive response of the State remains parvo and insufficient in the fight against corruption, a clear example of this we see in the repeated occasions in which The Public Ministry, within a criminal process, does not have sufficient data, nor specialized technical knowledge in Public Management and Contracting with the State to sustain a criminal accusation for corruption of officials, giving rise to impunity for acts of corruption that they should have been sanctioned; or in the opposite direction, many times the first guarantor of legality encourages denunciations on behalf of parties, which are malicious or defective against legal actions and attached to the right of public officials, part denunciations punctuated by political dyes that unnecessarily increase the procedural burden and violate rights fundamental.

It is in this context that a new juridical figure is born within the

sanctioning power of the State, it is the functional administrative responsibility, being that in this research work we will focus specifically on the National Control System as a branch of the administrative *ius puniendi*.

It is with Law n. 27785, promulgated on July 22, 2002, which regulates the scope, organization, attributions and operation of the National Control System and establishes the General Comptroller of the Republic as technical governing body of said system.

Likewise, it is pertinent to point out that according to article 2 of the aforementioned Law, the object of the same is to tend to the appropriate, timely and effective exercise of government control, to prevent and verify, through the application of principles, systems and procedures. technical, the correct, efficient and transparent use and management of State resources and assets, the honest and *probo* development of the functions and acts of the authorities, officials and public servants, as well as the fulfillment of goals and results obtained by the institutions subject to control, in order to contribute and guide the improvement of their activities and services for the benefit of the Nation. (Underlined added).

In this regard, it should be noted that this research, from the theoretical aspect, is of relevant academic importance because it is a new contribution to the subject of study: Methods of State Control against corruption of officials; Although it is true that crimes against the public administration are in vogue in the criminal sphere, an integral analysis of the *ius puniendi* is not made.

In the methodological aspect, our research seeks to cover a continental view of the *ius puniendi*, analyzing the total of normative bodies and their modifications over time, not only in the criminal sphere, but also in the

jurisdiction of the Comptroller General of the Republic, allowing elucidate the gears of the National Control System, as the maximum expression of the punitive barrier of the State.

Finally it is necessary to point out that not only a descriptive investigation will be done, but also a critical investigation to the field of study in question, since we will analyze the formulations of the current criminological doctrine in the persecution and sanction of these types of crimes against the public administration, solving the question that if our current criminal policy is consistent with criminal guarantees and various positions that critical criminology provides or on the contrary requires cross-cutting modifications to sanction acts of corruption without violating the constitutional rights of the investigated.

The Author.



PRIMERA PARTE

MARCO METODOLÓGICO

I. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La presente investigación, desde el aspecto teórico, es de relevante importancia académica porque es un nuevo aporte al tema de estudio: Métodos de Control Estatal contra la corrupción de funcionarios; si bien es cierto los delitos contra la administración pública están en boga en el ámbito penal, no se hace un análisis integral del *ius puniendi*.

En tal sentido, cabe resaltar que la presente investigación, desde el aspecto teórico, es de relevante importancia académica porque es un nuevo aporte al tema de estudio: Métodos de Control Estatal contra la corrupción de funcionarios; si bien es cierto los delitos contra la administración pública están en boga en el ámbito penal, no se hace un análisis integral del *ius puniendi*. Es decir, la mayoría de investigaciones sólo estudia y profundiza en la rama penal del *ius puniendi*, más no en la rama administrativa sancionadora y su interrelación con la primera.

II. IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN:

La presente investigación busca generar un impacto en la comunidad académica y jurídica. Teniendo como meta echar luces sobre un área de investigación escasamente estudiada en las universidades de la región.

Además, la información obtenida permitirá ampliar el bagaje técnico jurídico, haciendo viables la producción de debates que hasta ahora sólo se habían centrado en una rama del *ius puniendi* y de esta manera reforzar las propuestas que vienen planteándose en la materia para que sean discutidas con mayor criterio académico.

III. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA:

- Problema general:

¿Cuáles son los métodos de control estatal en el Perú para la lucha contra la corrupción de funcionarios, período 2002 - 2018?

- Problemas específicos:

PE1. ¿Cuál es la tendencia político-criminal en la lucha contra la corrupción de funcionarios en el derecho peruano actual?

PE2. ¿Cuáles son las manifestaciones de la potestad sancionadora del Estado peruano?

PE3. ¿Cuál es la diferencia esencial entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador en la lucha contra la corrupción de funcionarios?

PE4. ¿Qué son las teorías de los delitos de infracción de deber y la administración pública como bien jurídico genérico?

PE5. ¿Cuáles son los principios que rigen el proceso administrativo sancionador bajo la competencia de la Contraloría General de la República y la observación del *ne bis in ídem* al concurrir pena y sanción administrativa?

PE6. ¿Cuáles son los límites constitucionales al *ius puniendi* y su vigencia en el derecho administrativo sancionador peruano, en el marco de la lucha contra la corrupción de funcionarios?

IV. OBJETIVOS

- Objetivo General

Describir de manera integral los principales métodos de control estatal contra la corrupción de funcionarios en nuestro país, su campo de aplicación, evolución, y críticas desde la óptica de la criminología moderna, para el Período 2002 – 2018.

- Objetivos Específicos

OE1. Describir y estudiar la tendencia político-criminal en la lucha contra la corrupción de funcionarios en el derecho peruano actual

OE2. Estudiar las manifestaciones de la potestad sancionadora del Estado peruano.

OE3. Analizar la diferencia esencial entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador en la lucha contra la corrupción de funcionarios.

OE4. Describir cuáles son las teorías de los delitos de infracción de deber y la administración pública como bien jurídico genérico.

OE5. Describir los principios que rigen el proceso administrativo sancionador bajo la competencia de la Contraloría General de la República y la observación del *ne bis in ídem* al concurrir pena y sanción administrativa.

OE6. Analizar los límites constitucionales al *ius puniendi* y su vigencia en el derecho administrativo sancionador peruano, en el marco de la lucha contra la corrupción de funcionarios.

V. HIPÓTESIS GENERAL

El uso de métodos de control estatal en el Derecho Peruano para combatir la corrupción de funcionarios, es aún incipiente y debe perfeccionarse a la luz de los avances doctrinarios en esta materia.

VI. VARIABLES

Variable de interés:

La política criminal en el derecho penal y administrativo sancionador peruano, para combatir la corrupción de funcionarios en la actualidad.

VII. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN:

Debemos tener en cuenta las características especiales de los tipos metodológicos utilizados en la presente investigación:

a) Investigación Analítica:

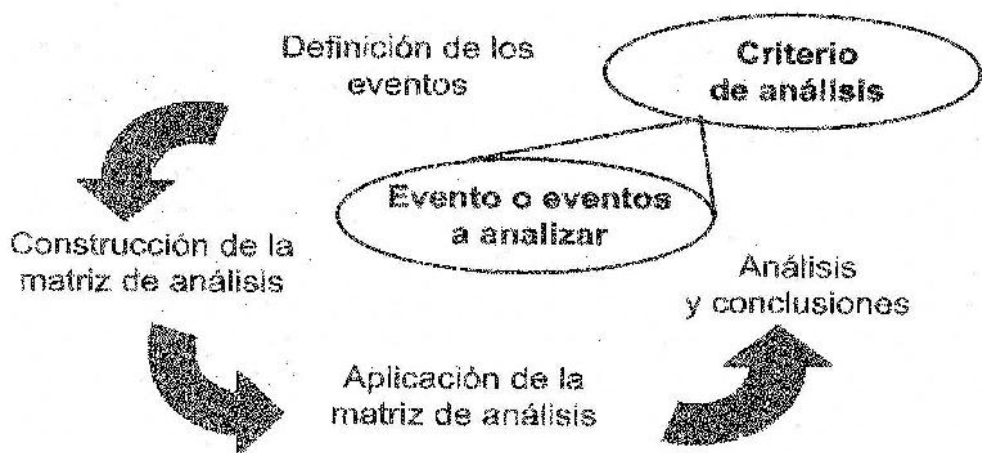
Es aquella que trata de entender las situaciones en términos de las relaciones de sus componentes. Intenta descubrir los elementos que componen cada totalidad y las interconexiones que da cuenta de su integración. (Bunge, 1981).

Es importante no confundir el **análisis como procesamiento de datos**, propio de cualquier tipo de investigación, con la **investigación analítica**.

El análisis como procesamiento de datos se realiza en las investigaciones descriptivas, comparativas, confirmatorias, es decir en todas, pero en cada caso el resultado corresponde al nivel de investigación con el cual el investigador concluye. Por ejemplo, en

una investigación descriptiva se usan técnicas de análisis descriptivo como las medidas de tendencia central, los porcentajes o los índices, pero el resultado es una descripción.

En el tipo de investigación analítica, el resultado es la identificación de los aspectos ocultos a los que no puede llegarse con una mera descripción.



b) Investigación Descriptiva:

Tiene como objeto la descripción precisa del evento de estudio. **Este tipo de investigación se asocia al diagnóstico.**

Su propósito se basa en exponer el evento estudiado, haciendo una enumeración detallada de sus características, de modo tal que en los resultados se pueden obtener dos niveles, dependiendo del fenómeno y del propósito del investigador:

1. **Nivel más elemental:** se logra una clasificación de la información en función de características comunes.
2. **Nivel más sofisticado:** se ponen en relación los elementos observados a fin de obtener una descripción más detallada.

“Este tipo de investigación, la indagación va dirigida a responder las preguntas: quién, qué, dónde, cuándo, cuántos” (Borderleau, 1997).



VIII. DISEÑO DE CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS:

La presente investigación asume el diseño no experimental.

Es no experimental, porque no hay manipulación de la variable, es decir no contamos con un grupo experimental.

El diseño se resume en el siguiente gráfico:

A----->A1

Donde “A” es la población del presente estudio, y la A1 es la variable expresada en frecuencias y porcentajes, en el nivel descriptivo.

- **POBLACIÓN**

Para efectos de la presente investigación, tendremos como población, las ramas del *ius puniendi* estatal, tales como el Derecho Penal y el Derecho

Administrativo Sancionador. Asimismo, tenemos un abordaje crítico a la política criminal moderna desde la ciencia de la Criminología.

- **MUESTRA**

La muestra comprenderá toda la población, razón por la cual, no se emplea ninguna fórmula de selección de muestra, por esta misma razón no hay muestreo.

IX. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS:

- **TÉCNICAS**

- Documentales.
- Observación.

- **INSTRUMENTOS**

- Fichas bibliográficas.
- Fichas de lectura.
- Fichas de artículos académicos.

X. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS:

a) Sistema Nacional de Control:

Es el conjunto de órganos de control, normas y procedimientos estructurados e integrados funcionalmente, destinados a conducir y desarrollar el ejercicio del control gubernamental en forma descentralizada.

Su actuación comprende las actividades y acciones en los campos

administrativos, presupuestal, operativo y financiero de las entidades y alcanzan al personal que presta servicio en ellas, independientemente del régimen que las regula.

El **Sistema Nacional de Control** está conformado por los siguientes órganos de control:

1. La Contraloría General, como ente técnico rector.
2. Todos los Órganos de Control Institucional de las entidades que se mencionan en el artículo 3 de la Ley del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría de la República, sean éstas de carácter sectorial, regional, institucional o se regulen por cualquier otro ordenamiento organizacional.
3. Las sociedades de auditoría externa independientes, cuando son designadas por la Contraloría General y contratadas, durante un periodo determinado, para realizar en las entidades servicios de auditoría económica, financiera, de sistemas informáticos, de medio ambiente y otros.

b) Corrupción:

En el latín es donde podemos establecer que se encuentra el origen etimológico del término corrupción. En concreto, emana del vocablo “*corruptio*”, que se encuentra conformado por los siguientes elementos: el prefijo “*con-*”, que es sinónimo de “junto”; el verbo “*rumpere*”, que puede traducirse como “hacer pedazos”; y finalmente el sufijo “*-tio*”, que es equivalente a “acción y efecto”.

c) Ius puniendi

Es una expresión latina utilizada para referirse a la facultad

sancionadora del Estado. Se traduce literalmente como derecho a penar o derecho a sancionar.

d) *Non bis in ídem:*

Consiste en la prohibición de que un mismo hecho resulte sancionado más de una vez, es decir, supone que no se imponga duplicidad de sanciones en los casos en que se desprenda identidad de sujeto, hecho y fundamento.

e) Garantismo penal:

Es una ideología jurídica, es decir, una forma de representar, comprender, interpretar y explicar el derecho. Su difusión se debe sobre todo a la obra de Luigi Ferrajoli, quien a partir de 1989 ha construido una completa y muy estructurada teoría del garantismo penal.

En sus trabajos posteriores a esa fecha Ferrajoli ha ampliado su teoría para conformar una especie de teoría general del garantismo, la cual ha vinculado estrechamente con la teoría del Estado constitucional (desde el punto de vista normativo) y con el llamado neoconstitucionalismo (desde el punto de vista teórico).

f) Política Criminal:

«Disciplina que se ocupa de las formas o medios a poner en práctica por el Estado para una eficaz lucha contra el delito, y a cuyo efecto se auxilia de los aportes de la Criminología y de la Penología» (Franz VON LISZT).

Es el conjunto sistemático de principios en los que se inspira la

actuación del Estado para organizar la lucha contra la criminalidad. En todo caso, y de acuerdo con el principio de legalidad penal, la actividad represiva del Estado mantendrá la garantía criminal o seguridad de que una persona sólo puede ser condenada por una acción u omisión definida como delito en ley orgánica vigente en el momento de la comisión (reserva de ley orgánica).

g) Responsabilidad administrativa funcional:

Es aquella en la que incurren los servidores y funcionarios por haber contravenido el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen, se encuentre vigente o extinguido el vínculo laboral o contractual al momento de su identificación durante el desarrollo de la acción de control.

Incurren también en responsabilidad administrativa funcional los servidores y funcionarios públicos que, en el ejercicio de sus funciones, desarrollaron una gestión deficiente.



SEGUNDA PARTE

MARCO TEÓRICO

CAPÍTULO I:

ANÁLISIS DEL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN

1.1. LO QUE ENTENDEMOS POR CORRUPCIÓN Y LAS DIFERENTES PERSPECTIVAS DE ENFOQUE:

Es preciso señalar, en los albores de nuestra investigación, el concepto básico del término corrupción, siendo necesario aclarar que este vocablo tiene múltiples acepciones que se eligen según el contexto en que se utilice.

Así pues, no resulta lo mismo hablar de corrupción en un ámbito cultural, social, periodístico o en uno jurídico, donde, en este último, la precisión del lenguaje técnico jurídico debe primar sobre nociones vagas u oscuras.

Sin embargo, podemos saltar esta dificultad precisando los elementos esenciales que caracterizan a la corrupción⁶, así tenemos:

Antinormatividad: todo acto de corrupción transgrede normas penales, administrativas y/o éticas.

Interés privado: todo acto corrupto busca obtener un beneficio privado, que no siempre está relacionado directamente con el corrupto, por lo que puede ser para una persona cercana al corruptor o para un tercero.

Abuso de una función: todo acto de corrupción implica el abuso de una función asignada por el Estado, es decir, de una función pública.

Por lo tanto, podemos concluir que:

“La corrupción es el abuso de un poder encomendado para obtener beneficios particulares (económicos o no) que viola la norma en perjuicio de intereses generales o del interés público.”⁷

⁶ “Manual sobre delitos contra la administración pública”, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), Ed. diciembre 2015, p.17.

⁷ Se trata de una definición tomada sustancialmente de la definición planteada por Transparency Internacional. Ver al respecto su página web institucional <http://www.transparency.org/what-is-corruption>.

Es pertinente señalar, los enfoques que tenemos a nuestra disposición para intentar entender este fenómeno social y así poder combatirlo. Así tenemos el enfoque económico, el enfoque jurídico y el enfoque cultural.

Para los fines de la presente investigación nos centraremos exclusivamente en el enfoque jurídico, pero vale decir que la lucha contra la corrupción no sólo debe ceñirse a los tribunales administrativos o de justicia, sino también debe ser un esfuerzo conjunto de la sociedad civil, la empresa privada y, sobre todo, del sistema educativo.

En este sentido, creemos pertinente citar *La Guía Anticorrupción*, elaborada por Transparencia Internacional (1997), la cual ha evidenciado cuatro condiciones culturales básicas que inciden sobre la extensión y la tolerancia de las prácticas corruptas⁸:

- La tolerancia social hacia el goce de privilegios privados que permite la prevalencia de una moralidad del lucro privado sobre la ética cívica.
- Una cultura de la ilegalidad generalizada que determina la existencia de grupos sociales que siente que la ley no cuenta para ellos.
- El conflicto entre las formas de organización y de sistemas normativos tradicionales y las normas que revelan el surgimiento de un orden social moderno.
- La escasa vigencia de la idea de nación y la ausencia de una solidaridad fundada en el bienestar común.

⁸ Ibidem, p. 19.

1.2. $C = M + D - A$, LA FÓRMULA DE ROBERT KLITGAARD

La curiosa ecuación que formuló el investigador norteamericano Robert Klitgaard, en 1988: $C=M+D-A$.

Se entiende como: corrupción (C) equivale a monopolio de la decisión (M) más discrecionalidad (D) menos Transparencia (A).⁹

La fórmula fue desarrollada en una serie de estudios sobre la corrupción. Naturalmente, las condiciones expuestas en esta fórmula no deben entenderse como condiciones necesarias o suficientes para que se produzcan actos de corrupción, sino más bien como factores generadores de un marco que ofrece fuertes incentivos para ella.

Coincidimos con el autor y creemos que fue un gran acierto focalizar su análisis no tanto en los aspectos jurídicos y morales de la corrupción, sino en el funcionamiento de las organizaciones. Su tesis es que hay formas de organización institucional que producen corrupción, donde quiera que funcionen.

Sobre esa base, Klitgaard ofrece ejemplos de políticas públicas anticorrupción exitosas. Uno de los más interesantes es el de la policía de Hong Kong.

“En 1971, el Gobierno estableció un régimen especial de prevención del soborno. La sección anticorrupción de la fuerza policial ascendió en jerarquía y se convirtió en una oficina conocida como OAC (Oficina Anticorrupción, ACO por sus siglas en inglés), quedando a cargo de una conducción honesta. Los cambios tuvieron efecto inmediato. Al poco tiempo, centenares de policías corruptos fueron

⁹ Entiéndase que en inglés el término “Transparencia” se traduce como: **Accountability**.

cesados o tuvieron que retirarse. Sin embargo, el comisario jefe, Peter Godber, huyó de Hong Kong con sus ganancias mal habidas, lo cual produjo un enorme escándalo y puso la lucha contra la corrupción en el centro de la escena política. La OAC investigó seriamente las finanzas de Godber y detectó una suma considerable en bancos de seis países. La ciudadanía se sintió ultrajada, los estudiantes se manifestaron en las calles y la prensa dio amplia cobertura al hecho. El gobernador de Hong Kong, Alastair Blair, dispuso no solo la investigación de la huida de Godber, sino también la corrupción en la Policía y su forma de remediarla. En 1973, el nuevo gobernador Murray MacLehose anunció la creación de una nueva repartición, conocida como CICC (Comisión Independiente Contra la Corrupción, ICAC por sus siglas en inglés) y suprimió la OAC. El gobernador convenció a Jack Cater, antiguo y respetado funcionario gubernamental, para que presidiera la nueva comisión, con muy amplios poderes de investigación. La CICC fue organizada en tres departamentos: Departamento de Operaciones, Departamento de Prevención de la Corrupción y Departamento de Relaciones Comunitarias. El Departamento de Operaciones, encargado de investigar, arrestar y colaborar en el enjuiciamiento de agentes corruptos, utilizó técnicas muy avanzadas de inteligencia e información. Entre 1974 y 1975, la CICC investigó miles de denuncias y llevó a juicio centenares de casos, muchos de policías de altos rangos. Godber fue extraditado, enjuiciado y condenado por delitos de corrupción. En 1977 Cater declaró que la corrupción policial institucionalizada había sido desmantelada. La CICC se convirtió en una organización preeminente en Hong Kong y en la actualidad es, probablemente, el cuerpo más famoso de lucha contra la corrupción del mundo en desarrollo.”¹⁰

¹⁰ Véase en www.icac.org.hk.

Este ejemplo es siempre citado por el autor en sus conferencias internacionales, llegando a las siguientes conclusiones, en palabras de Klitgaard: *“Una campaña contra la corrupción sistemática necesita más que mejores policías y mejores leyes. Requiere una sacudida a los equilibrios de la corrupción. El Gobierno debe ser osado en ese tratamiento de choque. Debe estimular a los ciudadanos a involucrarse en el diagnóstico y mejora de los sistemas corruptos, y un primer paso son las encuestas y las entrevistas confidenciales.*

Hay que desafiar a los funcionarios públicos a diseñar experimentos con resultados mensurables que puedan ayudar a romper el sistema de incentivos que estimula o demanda una conducta corrupta. Hay que extirpar la impunidad.

Recomiendo que cualquier esfuerzo contra la corrupción comience con el enjuiciamiento, con mucha publicidad, de algunas figuras corruptas relevantes, incluyendo gente del sector privado (de empresas tanto nacionales como extranjeras), la legislatura, el poder judicial, la burocracia del poder Ejecutivo y la clase política”.

1.3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN:

Debido a la gravedad del problema, desde hace aproximadamente dos décadas, la lucha contra la corrupción está presente en la agenda política de los Gobiernos y, dada su trascendencia internacional, la comunidad internacional (regional y mundial) ha impulsado la adopción de medidas colectivas para frenar y enfrentar el problema.

Así tenemos, por ejemplo, la Organización Latinoamericana y del Caribe

de Entidades Fiscalizadoras Superiores¹¹, siendo este un organismo internacional, autónomo, independiente, apolítico y de carácter permanente, que nace en 1963, en Caracas - Venezuela, con el Primer Congreso Latinoamericano de Entidades Fiscalizadoras – CLADEFS, ante la necesidad de un foro superior para intercambiar ideas y experiencias relacionadas a la fiscalización y al control gubernamental, así como al fomento de las relaciones de cooperación y desarrollo entre dichas entidades.

En dicho Congreso se recomendó la creación de un Instituto Latinoamericano de Control Fiscal, que realice las funciones de investigación especializada y sirva como centro de información, enseñanza, coordinación y asesoría mutua entre entidades fiscalizadoras.

Asimismo, en 1996 en Caracas (Venezuela), los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) suscribieron la *Convención Interamericana contra la Corrupción*¹² con el objeto de prevenir, detectar y sancionar la corrupción en la región; y, en el 2003, las Naciones Unidas (ONU) aprobó la *Convención contra la Corrupción*¹³ en Mérida (México) y presentó, de este modo, una respuesta mundial al problema de la corrupción, con un instrumento en el que se señala expresamente que la prevención y la erradicación de la corrupción son responsabilidad de todos los Estados y que estos deben cooperar entre sí para que sus esfuerzos sean eficaces. Asimismo, es posible identificar instrumentos no convencionales previos a la adopción de estas convenciones.

¹¹ <http://www.olacefs.com/historia/> "Historia de la Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores.", 15 de noviembre del 2018.

¹² Dicha Convención entró en vigor el 6 de marzo de 1997, y fue ratificada por el Estado peruano el 6 de abril de 1997.

¹³ Nuestro país ratificó dicho instrumento internacional el 16 de noviembre de 2004.

Entre estos instrumentos no convencionales, también denominados de soft law, se puede mencionar la *Declaración sobre la cooperación internacional para la prevención del delito y la justicia penal en el contexto del desarrollo* (1990), el *Código internacional de conducta para los funcionarios o titulares de cargos públicos* (1997), la *Declaración de la Organización de las Naciones Unidas sobre la corrupción y el soborno de las transacciones comerciales internacionales* (1996), y la *Declaración de Quito sobre desarrollo social y democracia frente a la incidencia de la corrupción* (2004).

Cabe señalar que al ser estos instrumentos declaraciones aprobadas en conferencias internacionales no son técnicamente vinculantes para el Estado peruano. Sin duda, los Estados que los han debatido y los han adoptado han puesto su firma en esos documentos, pero incluso aunque el Perú hubiese participado en estos debates y los hubiese firmado, de ninguna manera, desde una perspectiva netamente jurídica, podríamos alegar la obligación del Estado peruano de cumplir esas declaraciones y, menos aún, la generación de responsabilidad internacional por el incumplimiento de esos instrumentos.

No obstante, los llamados instrumentos de soft law tienen algún valor. En primer lugar, pueden servir como criterios de interpretación. Por ejemplo, en el caso de la declaración sobre corrupción y soborno en las transacciones internacionales se definen los elementos del soborno; por lo tanto, antes de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, la declaración sobre corrupción y soborno fue el referente obligatorio para dotar de contenido a ese delito.

Por otro lado, generalmente las declaraciones suelen ser una suerte de antesala a lo que va a venir más adelante, esto es, la adopción del tratado. De esta manera, antes de que se celebre un tratado de las Naciones Unidas

se habrá adoptado previamente una declaración, y esto no porque exista una norma que regule este procedimiento, sino porque esa es la práctica en el derecho internacional. Un ejemplo de ello es el de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, que tuvo como antecedente la declaración sobre corrupción y soborno en las transacciones internacionales.

Asimismo, un argumento más jurídico y menos práctico es el hecho de que, a pesar de que no estemos frente a un tratado, podemos decir que estas declaraciones son, al igual que los tratados, acuerdos entre Estados. Es por este motivo que el derecho internacional los denomina «actos concertados no convencionales». Son concertados porque primero se debate el texto del cuerpo que se está aprobando y luego el Estado decide si plasma su firma. Lo que pasa es que no son convencionales porque no generan obligaciones jurídicas similares a las de un tratado. No obstante, en el derecho internacional existe el principio de cumplimiento de buena fe de las obligaciones (*pacta sunt servanda*), en virtud del cual el Estado debería hacer sus mejores esfuerzos para poder llevar a cabo lo que los instrumentos internacionales establecen.

Es así que dicho principio nos permite señalar que al momento que un Estado firma un instrumento de *soft law*, aunque sepa desde antes que estas declaraciones no van a ser un tratado y no van a generar efectos vinculantes, se generan una serie de compromisos internacionales. No obstante, en el caso del Perú, este dilema está zanjado, toda vez que aun cuando se dijera que el Estado no está vinculado por lo señalado en los instrumentos de *soft law*, el Estado peruano es parte de los dos tratados en materia de corrupción, tanto en la Convención Interamericana contra la corrupción, que se encuentra en vigor para nuestro país desde 1997, como la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, que entró en vigor para el Estado peruano en el 2004.

1.4. LA PERSPECTIVA EMPRESARIAL SOBRE LA CORRUPCIÓN Y EL COMPLIANCE PENAL:

Según el Informe Global de Competitividad 2015-16 del Foro Económico Mundial, basado en una encuesta a empresarios, la corrupción es considerada como el tercer obstáculo más importante para hacer negocio en Perú, superado sólo por “*regulaciones gubernamentales ineficientes*” y “*regulaciones laborales restrictivas*”.

Ahora bien, las regulaciones gubernamentales ineficientes pueden crear oportunidades para la corrupción cuando, por ejemplo, los funcionarios corruptos extraen pagos informales para hacer que las cosas acontezcan, o incluso pueden ser el resultado de la corrupción, cuando las regulaciones mismas, en primer lugar, están diseñadas para crear oportunidades de extracción de rentas corruptas.

Además, el cuarto problema más importante, “suministro inadecuado de infraestructura”, puede estar relacionado con la corrupción. De hecho, la corrupción en las obras públicas y proyectos de infraestructura puede llevar a elefantes blancos, es decir, infraestructuras de gran tamaño e innecesarias, o a una infraestructura de menor calidad de la que se necesitaría para mejorar la productividad económica.¹⁴

En el mismo sentido, creemos importante señalar el indiscutible desplazo del comerciante individual en las actividades económicas, por parte de la empresa estructurada como persona jurídica. Esta situación ha traído como consecuencia no sólo que la regulación jurídico-privada se oriente desde hace ya buen tiempo al fenómeno corporativo, sino también que el propio

¹⁴ Estudio de la OCDE sobre integridad en el Perú: *Reforzar la integridad del sector público para un crecimiento incluyente*, 2017.

sistema penal empieza a plantearse la necesidad legislativa de considerar a la persona jurídica en sus criterios de imputación de responsabilidad.¹⁵

Por lo tanto, el derecho actual extranjero introduce una importante novedad, las personas jurídicas, sociedades mercantiles, asociaciones, cooperativas y fundaciones serán penalmente responsables de los delitos cometidos por sus representantes legales y directivos, así como de los cometidos por sus empleados. Desaparece el principio de que las sociedades no pueden delinquir.

Asimismo, determinados delitos cometidos por los empleados en el seno de la empresa, puede transferir la responsabilidad penal a los administradores de las personas jurídicas por omisión en el cumplimiento de sus obligaciones de supervisión, vigilancia y control.

Sin embargo, la empresa quedará exenta de responsabilidad si el órgano de administración ha adoptado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de gestión que incluye medidas de vigilancia idóneas para prevenir el delito.

Estos modelos de organización reciben el nombre de *Compliance Penal*, se trata de un proceso que se inicia con una fase de consultas a desarrollar en cada una de los departamentos de la empresa, seguidamente es necesario elaborar un mapa de actividades y conductas delictivas de riesgo. A partir de este mapa se configuran las políticas corporativas, es decir, el conjunto de normas y prohibiciones en el seno de la organización empresarial.

Vale decir, que de nada servirían las políticas corporativas sino se asegura

¹⁵ GARCÍA CAVERO, Percy. *“Intervenciones Delictivas en Estructuras Empresariales” 1ª EDICIÓN*, marzo 2019.

de que son seguidas por la organización, para ello es necesario implementar procesos de seguimiento, vigilancia y control. Asimismo, la empresa debe elaborar un plan de denuncias para que los empleados puedan alertar cuando conozcan de actos de corrupción o el quebrantamiento de las políticas corporativas.

1.5. LA INTRODUCCIÓN DEL COMPLIANCE PENAL EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO

Es pertinente señalar que en nuestro país se ha implementado el programa de cumplimiento, que ya desde el 2015 se reglamentó en otros países como por ejemplo España, desde la publicación de la Ley n.º 30424, a inicios del mes de abril del 2016.

Esta Ley estableció la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de Cohecho Activo Transnacional, entiéndase que fue promulgada en el contexto de los destapes del caso Lava Jato en nuestro país, pero a la vez crea un eximente de responsabilidad en su sección V – “*Modelos de Prevención*”.

Dicho modelo de prevención se trata del *compliance penal* que se caracteriza por la creación de un órgano que ejerza la función de auditoria interna de prevención, además debe ser asignado por el órgano de administración de la persona jurídica, pero a la vez deberá contar con autonomía en el ejercicio de sus funciones.

Este programa debe establecer medidas preventivas para:¹⁶

¹⁶ Art. 16 de la Ley n.º 30424

- La identificación de las actividades o procesos de la persona jurídica que generen o incrementen riesgos de comisión del delito de cohecho activo transnacional.
- Un sistema de protección al denunciante,
- Sistema de persecución e imposición de sanciones internas contra los trabajadores o directivos que incumplan el modelo.
- Identificación de los recursos financieros que permitan a la empresa prevenir su utilización con fines delictivos en el tipo penal de cohecho activo transnacional.

Siendo pertinente agregar que además de empresas, la norma alcanza a asociaciones, fundaciones, organizaciones no gubernamentales y comités no inscritos, las sociedades irregulares, los entes que administran un patrimonio autónomo y las empresas del Estado peruano o sociedades de economía mixta¹⁷. Y si se comprueba que la persona jurídica implementó y cumplió con el sistema *compliance* el fiscal debe de archivar la investigación o en su caso debe hacerlo el juez, si el caso ya está en etapa de juzgamiento. Puesto que el *compliance* se trata de un eximente absoluto de responsabilidad penal.

Finalmente, es preciso señalar que coincidimos con Hurtado Pozo¹⁸, cuando sostiene que, más allá de que la Ley N° 30424 señala que la

¹⁷ Mediante Decreto Legislativo N° 1352, promulgado el 06 de enero del 2017, se amplía el ámbito de aplicación de la Ley n.º 30424, regulándose la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por los delitos previstos en los artículos 397, 397-A, y 398 del Código Penal, en los artículos 1, 2, 3 y 4 del Decreto Legislativo N° 1106, Decreto Legislativo de Lucha Eficaz contra el Lavado de Activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado; y, en el artículo 4-A del Decreto Ley N° 25475, Decreto Ley que establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio.

¹⁸ HURTADO POZO, José. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Cuestión política”, 2016. p. 2

responsabilidad de los entes colectivos es “administrativa”, ¹⁹se trata en puridad de una responsabilidad netamente “penal”, puesto que:

- i) La competencia por materia la tiene el juez penal,
- ii) Le corresponde al Ministerio Público ejercer la acción penal contra la persona jurídica,
- iii) Se aplican las normas procesales del Código Procesal Penal y
- iv) Le asisten a la persona jurídica los mismos derechos y garantías que detenta el imputado en una investigación y proceso penal.

Es preciso señalar que en los casos que sea una sentencia condenatoria puede dictar las siguientes medidas:²⁰

- Multar a la empresa,
- Inhabilitación:
 - 1. Suspensión de sus actividades sociales por un plazo no menor de seis meses ni mayor de dos años.
 - 2. **Prohibición de llevar a cabo en el futuro actividades de la misma clase** o naturaleza de aquellas en cuya realización se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. La prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. La

¹⁹ En el mismo sentido, Percy García Caveró IBIDEM, P. 14: “La LRAPJ es expresa al señalar que la responsabilidad de la persona jurídica es administrativa, pero lo cierto es que tiene todos los ingredientes de una responsabilidad penal. Esta situación no tendría por qué sorprender, si se tiene en cuenta el camino pre-legislativo que siguió la aprobación de esta ley. Los gremios empresariales exigieron que la naturaleza de la responsabilidad de la persona jurídica sea administrativa, por lo que propusieron un proyecto alternativo en el que se regulaba un procedimiento administrativo sancionador para la persona jurídica llevado ante una autoridad administrativa. Sin embargo, tal pretensión no fue aceptada, optándose por la fórmula de compromiso de mantener el proyecto original con el único cambio de sacar e adjetivo “penal” para poner en su lugar el de “administrativo”. No obstante, la estructura y los componentes recogidos por la ley mantuvieron claramente su carácter penal.

²⁰ En concordancia con el art. 5° del Decreto Legislativo N° 1352

prohibición temporal no será menor de un año ni mayor de cinco años.

3. **Para contratar con el Estado de carácter definitivo.**

- **Cancelación de licencias, concesiones, derechos** y otras autorizaciones administrativas o municipales.
- **Clausura de sus locales o establecimientos**, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal es no menor de un año ni mayor de cinco años.
- **Disolución.**

CAPÍTULO II:

LA RESPUESTA REPRESORA DEL ESTADO

2.1. LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, *IUS PUNIENDI*.²¹

Actualmente se ha llegado a una conclusión uniforme, tanto por parte de la doctrina²² como de la jurisprudencia²³, respecto a la unidad de la potestad sancionadora del Estado, la cual tiene como manifestaciones: el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador.

De esta manera, la adopción de la teoría del *ius puniendi* estatal revela un recurso dogmático empleado para asimilar dos figuras aparentemente distintas, pero que realmente provienen de una misma naturaleza que las caracteriza y define. El carácter obligatorio de las disposiciones que integran un ordenamiento jurídico con respecto de los administrados exige que el sistema tenga previsto una serie de mecanismos que hagan frente a aquellas conductas que impliquen su incumplimiento o contravención, máxime si la eficacia de todo sistema jurídico depende de la existencia de suficientes facultades coercitivas en la Administración para garantizar su cumplimiento.

La aplicación de estos mecanismos no es más que una manifestación del *ius puniendi* estatal que, en lo relativo a las actuaciones administrativas, se

²¹ Véase Guía práctica sobre el procedimiento administrativo sancionador- MINJUS, junio 2015.

²² Véase, BACA ONETO, Víctor. «La potestad disciplinaria y el control del Tribunal Constitucional de las Resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura». En: Revista de Derecho de la Universidad de Piura N° 8, 2007, p. 3. GARBERÍ LLOBREGAT, J. y BUITRÓN RAMÍREZ, G. El procedimiento administrativo sancionador. Cuarta edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, pp. 44 y 45. OSSA ARBELÁEZ, Jaime. Derecho Administrativo Sancionador. Una aproximación dogmática. Bogotá: Legis, 2009, p. 119.

²³ Véase la sentencia recaída en el proceso de amparo tramitado con el Expediente N° 2050-2002-AA/TC y el fundamento jurídico 2 de la Sentencia del 8 de agosto de 2012, en el proceso de hábeas corpus tramitado en el Expediente N° 00156-2012-PHC/TC.

encuentra concretizado en la potestad sancionadora de la Administración Pública.

Si bien es cierto que uno de los principios básicos del sistema constitucional involucra la encomienda exclusiva del ejercicio de la potestad punitiva a los órganos jurisdiccionales, un rápido examen del ordenamiento jurídico nacional y comparado permite evidenciar que la Administración Pública cuenta con potestades represivas expresas dirigidas a contrarrestar conductas ilícitas que se encuentran excluidas del ámbito de competencia de los órganos jurisdiccionales penales.

Esta potestad sancionadora encuentra sustento en la auto-tutela administrativa, así como en la necesidad que tiene la Administración Pública de contar con un régimen que garantice el cumplimiento de obligaciones previstas en el ordenamiento jurídico administrativo y castigue su contravención o incumplimiento. De acuerdo a ello, es posible señalar que la potestad sancionadora de la Administración se funda en un imperativo general de coerción asignado por ley, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de las normas dirigidas a regular las conductas de los ciudadanos.

En ese sentido, la obligatoriedad de las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico administrativo exige la incorporación de mecanismos de reacción frente a las conductas infractoras que garanticen su eficacia y cumplimiento.²⁴

Asimismo, creemos pertinente recordar lo que ya advertía Roxin desde 1966, alegando que han sido tres las respuestas que se han dado cuando se

²⁴ Conforme lo ha planteado SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Principios de Derecho Administrativo. Volumen II. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2000, pp. 371-372.

ha pretendido justificar la aplicación del *ius puniendi*²⁵. Han sido el **retribucionismo, la prevención especial y la prevención general** las teorías que han dominado en torno a la justificación de las penas. A partir de esos tres planteamientos se ha tendido a plantear una combinación de estas teorías ofreciendo una supuesta "*teoría de la unión*".²⁶

Sin embargo, es preciso resaltar que respecto a cada teoría existen sendas críticas²⁷ que las cuestionan severamente, llegando al punto en que, si se hace un ejercicio de eclecticismo, tendría que concluirse que ninguna teoría es válida. Por lo que consideramos que debemos analizar con mayor detenimiento la función del *Ius Puniendi*, que, otorgue asidero a su justificación de penar ciertas conductas individuales, lo haremos desde la óptica clásica del Derecho Penal por ser la rama con mayor desarrollo doctrinario a lo largo de la historia jurídica y la que resalta en la bibliografía consultada para los fines de la presente investigación.

2.2. JUSTIFICACIÓN DEL ¿POR QUÉ CASTIGAR?, DESDE LA PERSPECTIVA FOUCALTIANA:

*<< La sociedad no sólo tolera, sino que exige, que al delincuente se lo haga sufrir.>>*²⁸

Consideramos importante la aportación que nos dejó el politólogo y pensador francés Michael Foucault, en un intento de contestar esta

²⁵ Vid. Roxin, Claus, "Sentido y límites de la pena estatal" en Problemas básicos del Derecho Penal, trad. Diego Manuel Luzón Peña, Madrid, Reus, 1976, p. 11.

²⁶ Ernesto Luquín, REPASANDO EL IUS PUNIENDI, Iter Criminis – Revista de Ciencias Penales Núm. 5 – Tercera Época Tlalpan, México – 2006 Pp. 113 – 142

²⁷ Para una crítica integral de las teorías retribucionista, preventivas y de la unión, cfr. Ferrajoli, op. cit., pp. 247-280, y Zaffaroni, op. cit., pp. 53-62. Para una crítica al minimalismo, cfr. Zaffaroni, op. cit., pp. 61 y 62.

²⁸ FOUCAULT, Michael. Vigilar y Castigar, el nacimiento de la prisión, Siglo XXI Editores, Argentina 2002, pp. 96-104.

interrogante que ha despertado grandes debates en la historia de la humanidad desde hace mucho tiempo atrás.

Puesto que como ya hemos desarrollado en los puntos anteriores de la presente investigación, *el derecho a castigar del Estado*, encierra en sí mismo, el porqué de la existencia del Estado. Entendido de esta manera, se concluye que el *Ius Puniendi* es una expresión y, a la vez, un deber del Estado para asegurar su existencia y la de los ciudadanos.

Así tenemos un desarrollo teórico del *¿por qué castigar y del cómo deberían ser las penas para que sean efectivas?*, desde el punto de vista psicológico y sociológico. Pero que, sin embargo, creemos que coadyuvan a una evolución del derecho penal, apartándolo del mero normativismo dogmático.

Para los fines de esta investigación, creemos que la obra más relevante de este pensador es *“Vigilar y castigar”*, libro en el que desarrolla de manera amplia los conceptos y fundamentos de las diferentes penas inventadas por el hombre a lo largo de su historia, cuestionando los límites del poder estatal, así como que postula métodos más humanos y eficientes, en este sentido citamos lo que nuestro autor consideraba necesario para que las penas sean humanas y a la vez efectivas:

“(…)

a) Ser lo menos arbitrarios posible:

Cierto es que la sociedad es la que define, en función de sus propios intereses, lo que debe ser considerado

como delito: éste no es, por lo tanto, natural. Pero si se quiere que el castigo pueda presentarse sin dificultad al espíritu no bien se piensa en el delito, es preciso que el vínculo entre el uno y el otro sea lo más inmediato posible: de semejanza, de analogía, de proximidad.

Hay que dar "a la pena toda la conformidad posible con la índole del delito, a fin de que el temor de un castigo aleje el espíritu del camino a donde lo conducía la perspectiva de un crimen ventajoso".²⁹

El castigo ideal será transparente al crimen que sanciona; así, para el que lo contempla, será infaliblemente el signo del delito que castiga; y para aquel que piensa en el crimen, la sola idea del acto punible despertará el signo punitivo.

Ventaja en cuanto a la estabilidad de la relación, ventaja en cuanto al cálculo de las proporciones entre delito y castigo y en cuanto a la lectura cuantitativa de los intereses; ventaja también puesto que, al tomar la forma de una serie natural, el castigo no aparece como efecto arbitrario de un poder humano: "Deducir el delito del castigo es la mejor manera de proporcionar el castigo al crimen. Si aquí reside el triunfo de la justicia, reside igualmente el triunfo de la libertad, ya que, no procediendo las penas de la voluntad del legislador, sino de la naturaleza de las cosas, se deja de ver al hombre haciendo violencia al hombre."³⁰

²⁹ Ibid.

³⁰ J.-P. Marat, *Plan de législation criminelle*, 1780, p. 33.

En el castigo analógico, el poder que castiga se oculta.

*En cuanto a las penas que sean naturales por institución, y que reproduzcan en su forma el contenido del crimen, los reformadores han propuesto todo un arsenal. Vermeil, por ejemplo: a quienes abusen de la libertad pública, se les privará de la suya; **se privará de sus derechos civiles a cuantos hayan abusado de los beneficios de la ley y de los privilegios de las funciones públicas;** la multa castigará la concusión y la usura; la confiscación castigará el robo; la humillación, los delitos de "vanagloria"; la muerte, el asesinato; la hoguera, el incendio.*

En cuanto al envenenador, "el verdugo le presentará una copa cuyo contenido le arrojará al rostro, para abrumarlo con el horror de su crimen, ofreciéndole su imagen, y a continuación lo zambullirá en una caldera de agua hirviendo".³¹

(...) No obstante unas crueldades que recuerdan mucho los suplicios del Antiguo Régimen, es un mecanismo completamente distinto el que funciona en estas penas analógicas. No se opone ya lo atroz a lo atroz en una justa de poder; no es ya la simetría de la venganza, es la transparencia del signo a lo que significa; se quiere establecer, en el teatro de los castigos, una relación inmediatamente inteligible a los sentidos y que pueda dar lugar a un cálculo simple.

³¹ F. M. Vermeil, *Essai sur les réformes à faire dans notre législation criminelle*, 1781, pp. 68-145. Cf. igualmente Ch. E. Dufriche de Valazé, *Des lois pénales*, 1784, p. 349.

Una especie de estética razonable de la pena. "No es únicamente en las bellas artes donde hay que seguir fielmente la naturaleza; las instituciones políticas, al menos aquellas que tienen un carácter de prudencia y elementos de duración, se fundan en la naturaleza." ³²

Que el castigo derive del crimen; que la ley parezca ser una necesidad de las cosas, y que el poder obre ocultándose bajo la fuerza benigna de la naturaleza.

b) Este juego de signos debe apoyarse en el mecanismo de las fuerzas:

Disminuir el deseo que hace atractivo el delito, aumentar el interés que convierte la pena en algo temible; invertir la relación de las intensidades, hacer de modo que la representación de la pena y de sus desventajas sea más viva que la del delito con sus placeres.

Todo un mecanismo, pues, del interés, de su movimiento, de la manera en que se representa y de la vivacidad de esta representación. "El legislador debe ser un arquitecto hábil que sepa a la vez emplear todas las fuerzas que pueden contribuir a la solidez del edificio y amortiguar todas aquellas que podrían arruinarlo."³³

Existen varios medios. "Ir derechamente a la fuente del

³² Beccaria, *De los delitos y las penas*, 1856, p. 114.

³³ *Ibíd.* p. 135.

mal." ³⁴ Quebrar el móvil que anima la representación del delito. Quitarle toda fuerza al interés que lo ha hecho nacer. Tras de los delitos de vagancia, está la pereza; ésta es la que hay que combatir. "No se logrará nada encerrando a los mendigos en unas prisiones infectas que son más bien cloacas"; habrá que obligarlos a trabajar. "Utilizarlos es el mejor medio de castigarlos." ³⁵

Poner en juego contra ella misma la fuerza que ha impulsado al delito. Dividir el interés, utilizarlo para hacer que la pena sea temible. Que el castigo irrite y estimule en mayor medida que la falta haya podido halagar. Si el orgullo hizo cometer una fechoría, que se le hiera, que se le haga rebelarse por el castigo. La eficacia de las penas infamantes estriba en que se apoyan en la vanidad que estaba en la raíz del crimen. Los fanáticos se glorían de sus opiniones y de los suplicios que sufren por ellas.

Hagamos, pues, obrar contra el fanatismo la obcecación orgullosa que lo sostiene: "Comprimirlo por el ridículo y por la vergüenza; si se humilla la orgullosa vanidad de los fanáticos ante una gran multitud de espectadores, se pueden esperar felices efectos de esta pena." No serviría de nada, por el contrario, imponerles dolores físicos.³⁶

³⁴ Mably, *De la législation. Oeuvres complètes*, DC, p. 246.

³⁵ J.-P. Brissot, *Théorie des lois criminelles*, 1781, I, p. 258.

³⁶ Beccaria, *Des délits et des peines*, p. 113.

c) Utilidad por consiguiente de una modulación temporal:

(...) La pena transforma, modifica, establece signos, dispone obstáculos. ¿Qué utilidad tendría si hubiera de ser definitiva? Una pena que no tuviera término sería contradictoria: todas las coacciones que impone al condenado y de las que, una vez vuelto virtuoso, no podría jamás aprovecharse, no serían ya sino suplicios, y el esfuerzo hecho para reformarlo serían trabajo y costo perdidos por parte de la sociedad.

Si hay incorregibles, es preciso decidirse a eliminarlos. Pero, en cuanto a todos los demás, las penas no pueden funcionar más que si tienen un término. Análisis aceptado por los Constituyentes: el Código de 1791 prevé la muerte para los traidores y los asesinos; todas las demás penas deben tener un término (el máximo es de veinte años).

(...)

d) Por parte del condenado, la pena es un mecanismo de los signos, de los intereses y de la duración. Pero el culpable no es más que uno de los blancos del castigo:

Éste afecta sobre todo a los otros, a todos los culpables posibles. Que estos signos-obstáculo que se graban poco a poco en la representación del condenado circulen, pues, rápida y ampliamente, que sean aceptados y redistribuidos por todos, que formen el discurso que cada cual dirige a todo el mundo y por el cual todos se vedan el crimen —la buena moneda que sustituye, en los

espíritus, al falso provecho del delito.

Para esto, es preciso que el castigo parezca no sólo natural, sino interesante. Es preciso que cada cual pueda leer en él su propia ventaja. Que se acaben esas penas espectaculares, pero inútiles.

*Que se acaben las penas secretas, también; pero que los castigos puedan ser considerados como una retribución que el culpable da a cada uno de sus conciudadanos, por el crimen que los ha perjudicado a todos: unas penas "que salten sin cesar a los ojos de los ciudadanos", y que pongan "de manifiesto la utilidad pública de los movimientos comunes y particulares".*³⁷

*(...) En el antiguo sistema, el cuerpo de los condenados pasaba a ser la cosa del rey, sobre la cual el soberano imprimía su marca y dejaba caer los efectos de su poder. Ahora, habrá de ser un bien social, objeto de una apropiación colectiva y útil. De ahí el hecho de que los reformadores han propuesto casi siempre los trabajos públicos como una de las mejores penas posibles. Por lo demás, los Cuadernos de quejas los han seguido: "Que los condenados a cualquier pena, menos la de muerte, lo sean a los trabajos públicos del país, por un tiempo proporcionado a su delito."*³⁸

³⁷ Ch. E. Dufriche de Valazé, *De lois pénales*, 1784, p. 346.

³⁸ Cf. L. Masson, *La Révolution pénale en 1791*, p. 139. Contra el trabajo penal se objetaba, sin embargo, que implicaba el recurso a la violencia (Le Peletier) o la profanación del carácter sagrado del trabajo (Duport). Rabaud Saint-Etienne hace adoptar la expresión "*trabajos forzados*" por oposición a los "*trabajos libres, propios exclusivamente de los hombres libres*", *Archives parlementaires*, t. xxvi, pp. 710 ss

Trabajo público que quiere decir dos cosas: interés colectivo en la pena del condenado y carácter visible, controlable, del castigo.

e) De donde toda una economía docta de la publicidad:

En el suplicio corporal, el terror era el soporte del ejemplo: miedo físico, espanto colectivo, imágenes que deben grabarse en la memoria de los espectadores, del mismo modo que la marca en la mejilla o en el hombro del condenado.

El soporte del ejemplo, ahora, es la lección, el discurso, el signo descifrable, la disposición escénica y pictórica de la moralidad pública. Ya no es la restauración aterradora de la soberanía que va a sostener la ceremonia del castigo, es la reactivación del Código, el fortalecimiento colectivo del vínculo entre la idea del delito y la idea de la pena. En el castigo, más que ver la presencia del soberano, se leerán las propias leyes. Éstas habían asociado a tal delito tal castigo.

Inmediatamente cometido el crimen y sin que se perdiera tiempo, el castigo vendrá, convirtiendo en acto el discurso de la ley y mostrando que el Código, que enlaza las ideas, enlaza también las realidades. La unión, inmediata en el texto, debe serlo en los actos. "Considerando esos primeros momentos en que la noticia de algún hecho atroz se difunde por nuestras ciudades y por nuestros campos; los ciudadanos se

parecen a unos hombres que han visto caer el rayo a su lado; cada cual se encuentra lleno de indignación y de horror... He aquí el momento de castigar el crimen: no lo dejéis escapar; apresuraos a hacer que confiese y a juzgarlo. Levantad patíbulos, hogueras, arrastrad al culpable a las plazas públicas, llamad al pueblo a voces. Entonces, lo oiréis aplaudir la proclamación de vuestras sentencias, como la de la paz y de la libertad; lo veréis acudir a esos horribles espectáculos como al triunfo de las leyes." ³⁹

(...)

La duración que hace que el castigo sea eficaz para el culpable es útil también para los espectadores. Deben poder consultar a cada instante el léxico permanente del crimen y del castigo. Pena secreta, pena casi perdida. Sería preciso que los niños pudieran acudir a los lugares en que aquélla se ejecuta; allí harían sus clases de civismo.

Porque el oficio de privar a un hombre de su libertad y de vigilarlo en la prisión es un ejercicio de tiranía.

"Exigís que haya entre vosotros monstruos; y a esos hombres odiosos, si existieran, el legislador debería quizá tratarlos como a asesinos." ⁴⁰

La prisión, en resumen, es incompatible con toda esta técnica de la pena-efecto, de la pena-representación, de

³⁹ J. M. Servan, Discours sur l'administration de la justice criminelle, 1767, pp. 35-36.

⁴⁰ G. de Mably, De la législation, Oeuvres complètes, 1789, t. ix, p. 338.

la pena-función general, de la pena-signo y discurso.

*Es la oscuridad, la violencia y la sospecha. "Es un lugar de tinieblas donde el ojo del ciudadano no puede contar las víctimas, donde, por consiguiente, su nombre está perdido para el ejemplo... Mientras que si, sin multiplicar los delitos, se puede multiplicar el ejemplo de los castigos, se llega en fin a hacerlos menos necesarios; por lo demás, la oscuridad de las prisiones se convierte en un objeto de desconfianza para los ciudadanos; suponen fácilmente que allí se cometen grandes injusticias... Hay ciertamente algo que anda mal, cuando la ley que está hecha para el bien de la multitud, en lugar de suscitar su reconocimiento, suscita continuamente sus murmuraciones."*⁴¹

Que la prisión pueda como hoy, cubrir, entre la muerte y las penas ligeras, todo el espacio del castigo, es un pensamiento que los reformadores no podían tener inmediatamente. >>

Así vemos, el profundo análisis que realizó Michael Foucault sobre la idoneidad de las prisiones en la persecución y sanción de los delitos, creemos que estas conclusiones también se aplican en los fines de la presente investigación.

Coincidimos con el politólogo francés en que el sistema carcelario actual es incompatible con la pena-efecto, esto es fácil deducir al ver los casos más sonados de corrupción que afectan a nuestro país en la

⁴¹ Ch. E. Dufriche de Valazé, Des lois pénales, 1784, pp. 344-345.

actualidad.

La amenaza latente de pasar 6 años o más recluso en un penal no tiene ni un efecto disuasivo en los *delincuentes de cuello blanco*, quienes son un tipo especial de delincuente que ostentan un enorme poder económico y político lo cual les inmuniza frente a la persecución penal, puesto que son capaces de enquistarse en las altas esferas del poder, más adelante detallaremos el desarrollo que realiza la criminología sobre este tipo de delincuente, lo cual reforzará nuestra afirmación de que el sistema penitenciario actual no es efectivo para combatir los delitos contra la administración pública.

Asimismo, creemos importante hacer hincapié en la propuesta de Foucault, remitiéndose a otros autores clásicos como Beccaria o Vermeil, de que “*se prive de los derechos civiles a cuantos hayan abusado de los beneficios de la ley y de los privilegios de las funciones públicas*”, como podemos ver se plantea una manera diferente de sanción a los delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.

La privación de derechos civiles se plasma en una sanción administrativa como la destitución e impedimento de volver a ejercer un cargo público al procesado hallado culpable, siendo innecesaria la condena a prisión.

Si bien es cierto, la doctrina jurídica actual marca diferencias en el objeto tutelado y los fines perseguidos por el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, podemos deducir que Foucault se inclina por el segundo como un método más efectivo de sanción en casos de corrupción de funcionarios públicos.

En la actualidad, tal como desarrollaremos en el Capítulo III de nuestra investigación, la Contraloría General de la República, a través de la figura jurídica de la responsabilidad administrativa funcional sanciona con destitución e inhabilitación a los funcionarios que hayan cometido faltas graves o muy graves en perjuicio del Estado, en el ejercicio de sus funciones. Como veremos más adelante, gran parte de estos procesos que se inician con el Informe de Auditoría, son derivados al Ministerio Público para que dirima si son pasibles de una condena penal o no, sin afectar el principio del *ne bis in ídem*.

Otro aspecto importante que desarrolla Foucault es que la pena carcelaria debe tener una modulación temporal, es decir destierra de su pensamiento cualquier propuesta de cadena perpetua, como algunos legisladores han propuesto aplicar en nuestro país, obviamente con atisbos visibles de populismo.

En tal sentido, coincidimos con el autor al considerar que “***La pena transforma, modifica. ¿Qué utilidad tendría si hubiera de ser definitiva? Una pena que no tuviera término sería contradictoria***”, esto en concordancia con el principio resocializador de la pena.

3. CAPÍTULO III

EL IUS PUNIENDI PENAL:

3.1 LA FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL:

Como decíamos en los puntos precedentes, creemos de absoluta importancia dilucidar desde los albores de nuestra investigación, la conceptualización misma del derecho penal, centrándonos en la función que esta ciencia cumple dentro de nuestra sociedad.

Así tenemos, la bifurcación de la doctrina en dos posiciones bien definidas: la función del Derecho Penal como “*seguridad jurídica*” y la de “*defensa de la sociedad*”

En este sentido, se pronuncia Zaffaroni⁴²: “*Para los partidarios de la seguridad jurídica, la pena tendría efecto primariamente sobre los que no han delinquido, como prevención general. Para los partidarios de la defensa social la pena tendría efecto primariamente sobre el delincuente, esto es, como prevención especial.*”

- *Con la prevención general se pretende que el que no delinquirió no delinca. (concepto retributivo de la pena)*
- *Con la prevención especial se pretende que el que delinquirió no vuelva hacerlo. (concepto resocializador de la pena).*

Sin embargo, estas posturas que parecen ser excluyentes e irreconciliables, tienen más puntos en común de los que se podría pensar a simple vista.

⁴² ZAFFARONI, Eufenio. Tratado de Derecho Penal Parte General I, Buenos Aires, editorial EDIAR 1998, Tomo I, p.43.

En efecto, si partimos de la base de que el Derecho tiene por función primordial posibilitar la existencia, lo que, a razón del autor argentino, implica, al mismo tiempo, asegurar la **co-existencia**, porque la existencia humana siempre e indubitavelmente es co-existencia. En tal sentido, el orden jurídico nace de la necesidad de evitar la guerra civil de todos contra todos, y la vía para lograr esto es asegurar a cada quien un ámbito de existencia particular.

Se podría decir que se percibe a la vida en sociedad como un engranaje en el que debe ser posible el correcto funcionamiento de cada pieza, no negándose el roce que pueda existir entre ellas, pero siempre dando mayor relevancia al funcionamiento del aparato en su conjunto, fin que no es posible sin la co-existencia y la realización de todas las piezas particulares.

Por lo tanto, se trata de prevenir las conductas que afecten esta co-existencia y realización del individuo. *En síntesis: “seguridad jurídica” es seguridad de la co-existencia*. Así tenemos, que:

a) Finalidad del Derecho Penal como **SEGURIDAD JURÍDICA**:

Bajo este postulado se desprende que el delito al lesionar, la seguridad jurídica, lo hará en dos sentidos:

3. Afectación de bienes jurídicos (aspecto objetivo de la seguridad)

También entendido como el **daño inmediato** que sufre el derecho vulnerado y que es producido por el delito o accionar criminal, siendo este de carácter directo.

Como ejemplos, podríamos decir que son los derechos a la

vida, salud, bienes, honor.

4. Alarma social (aspecto subjetivo de la seguridad)

Se trata del **daño mediato**, siendo el producto de lo que el delito ocasiona, además, a todos los otros ciudadanos que no fueron directamente alcanzados por la acción; también es entendido como daño reflejo o de rebote. Debido a su implicancia social.

Como ejemplo tenemos a la *seguridad y el sentimiento de seguridad*, que el individuo aspira a tener dentro de la convivencia en sociedad.

Es preciso señalar, que este aspecto de la seguridad jurídica, tiene una valoración peculiar, debido a que siendo pieza clave de la justificación del derecho penal, otorga fundamentación a la injerencia del Estado en los bienes jurídicos del infractor a razón de salvaguardar y reforzar el sentimiento de seguridad y neutralizar la alarma social del delito.

Pero, asimismo, no puede extralimitarse en el ejercicio de esta facultad, excediendo el grado de tolerancia social, so pena de que se convierta en campo de cultivo de aquello que intenta combatir.

Es decir, si el Estado abusa de esta facultad en la persecución del delito, afecta al propio sentimiento de la seguridad jurídica, causando alarma social, tras el avance de la barrera punitiva.

Por lo tanto, podemos dilucidar que el segundo aspecto, referido a la alarma social, es lo que va graduando la capacidad del aspecto objetivo. Asimismo, el citado aspecto subjetivo tendrá siempre una relevante influencia social, por lo que será condicionado por un factor histórico-cultural.⁴³

¿Sin embargo, una vez aclarada la función del derecho penal como seguridad jurídica, esto nos lleva a descartar la “defensa social” como otra teoría excluyente?, creemos que debemos analizarla más profundamente.

b) Finalidad del Derecho Penal como **DEFENSA SOCIAL:**

Como resulta lógico, primero debemos esclarecer lo que entendemos por **sociedad**, así tenemos:

1. **Sociedad como organicismo puro.**

O también nombrado como visión antropomórfica, en el cual el individuo se ve superado y dependiente de un ente superior, lo cual nos lleva a un derecho penal autoritario y transpersonalista, que fácilmente descarta la conciencia individual por la confirmación de un ente superior, y su máxima expresión entendida como el Estado mismo.

Esta visión hobbesiana de la sociedad ha quedado desfasado,

⁴³ En este aspecto, es donde Zaffaroni y otros juristas coinciden en la importancia de la educación impartida a los ciudadanos, para que ejercite una función paralela a la del ordenamiento jurídico, con fines éticos- valorativos del máximo respeto a la conciencia ajena, evitando así una mayor injerencia del Estado, limitándose a la estrictamente necesaria. Compartimos con el jurista argentino esta idea, y creemos que es un método de control estatal eficiente contra la corrupción, como desarrollaremos más adelante con mayor profundidad.

siendo que actualmente se tiene un sistema constitucional de derecho, que limita al individuo en cuanto esto sea necesario para asegurar la co-existencia.

2. Sociedad como relación inter-humana

Se trata del fenómeno mismo de la co-existencia, previamente desarrollado, siendo importante resaltar que es la postura académica que mayor asidero tiene actualmente.

En tal sentido, podemos afirmar que ambas posturas que parecían antagónicas (finalidad de seguridad jurídica vs defensa social) terminan por superponerse, si tomamos el concepto de *la sociedad como co-existencia*. Debido a que no hay una diferencia plausible entre el aseguramiento de la co-existencia y la defensa de la co-existencia.

Podemos concluir, con Zaffaroni: *“En síntesis: sostenemos que el derecho penal tiene, como carácter diferenciador, el de cumplir la función de proveer a la seguridad jurídica mediante la coerción penal, y ésta, por su parte, se distingue de las restantes coerciones jurídicas porque tiene un carácter específicamente preventivo y no reparador”*⁴⁴

⁴⁴ Ibídem, p.57

3.2. EL DERECHO PENAL COMO MATERIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL⁴⁵:

Cuando hablamos de Política Criminal, tenemos que diferenciar dos sentidos diferentes:⁴⁶

a) COMO DISCIPLINA DE OBSERVACIÓN

Se trata de la disciplina que determina cuáles son los objetivos de los sistemas penales y en qué medida son alcanzados en la realidad, “el arte de legislar o aplicar la ley con el fin de obtener los mejores resultados en la lucha contra el delito”⁴⁷

Como disciplina científica independiente tiene su propio método para buscar la mejor aplicación legislativa en respuesta contra la criminalidad, siendo artífice de cambios en el abordaje jurídico del tema, en consecuencia, muchas veces adopta una posición crítica y contrapuesta a la legislación penal vigente.

b) COMO UN CAPÍTULO MÁS DE LA POLÍTICA DEL ESTADO

Según esta teoría la política criminal, no es más que una variante de la política general del Estado o gobierno de turno, en tal sentido se entiende que no podría estar en contra o en oposición al

⁴⁵ En este sentido, Zaffaroni: *El origen de la expresión “política criminal” no es pacífico. Parece que fue Kleinschrod quien lo uso por primera vez, y que luego lo hicieron Feberbach y Henke, pese a que Liszt lo atribuye a Henke (Sobre esto, Quintiliano Saldaña, en “Adiciones” a Von Liszt, Tratado de derecho penal, Madrid, 1914, p.10). Lo cierto es que fue usado por muchos autores antes que Liszt y los fundadores de la Unión Internacional de Derecho Penal le diesen ese particular sentido a que nos hemos referido. Pese a que todos los autores siguen hablando de “política criminal”, preferimos llamarla política “penal”, entendiendo que con ello evitaremos mayores confusiones.*

⁴⁶ *Ibíd*em, pp. 150-152.

⁴⁷ NUVOLONE, Pietro, *Problemas de política criminal e reformas dos códigos*, en “M.P”, Curitiba, 1976, p.17

derecho penal, entendida ésta como la materialización de aquella.

Por lo tanto, no adopta una posición crítica, sino por el contrario, coadyuva a su implementación.

Asimismo, podemos afirmar que la política criminal, o llamada recientemente política penal, es la disciplina que se dedica a la averiguación de cómo el derecho penal debe dirigirse adecuadamente a su fin, el mismo que es el de cumplir su tarea fundamental de protección social, tal como hemos desarrollado en los puntos anteriores.

Desde este punto de vista, la influencia de la criminología y la sociología es de notoria trascendencia en la función crítica, tanto de valores jurídicos como de la realización social de esos valores.⁴⁸

Compartimos con el jurista argentino la conclusión de que toda norma jurídica presupone una decisión política y con mayor relevancia en el ámbito penal, entiéndase esto como el acto de legislación. Esto debido a que sin decisión política (sin valoración) no puede existir norma jurídica, pues no habrá una individualización del ente valorado a tutelar jurídicamente.

Por ende, entre decisión política y norma jurídica media una relación de prioridad (la decisión política debe ser temporalmente anterior a la ley) y una relación de prelación (la decisión política debe ser lógicamente anterior a la ley)⁴⁹

⁴⁸ En el mismo sentido, podemos citar a Rousseau: “el pueblo sumiso a las leyes, debe ser su autor.”

⁴⁹ Ibídem, p.154.

Así vemos la importancia y muchas veces interferencia del campo político-partidario en la ciencia penal y su aplicación. Ejemplos palpables sobran en nuestra coyuntura social, los más visibles son aquellas reformas legislativas que suelen darse en el cambio de gobierno, máxime si es un giro de tienda política.

Así sucede actualmente en la política y el sistema jurídico brasileiro, la población brasileira, tras los fuertes cuestionamientos a sus instituciones y la remontada de la corrupción descubierta tras la publicación del caso Obdebrecht – Lava Jato durante el gobierno del expresidente Lula Da Silva, ha virado hacia un sistema político antagónico al que estaba cuando se destapó el escándalo de la constructora. Eligiendo con una abrumadora mayoría a Yair Bolsonaro, político de ultra-derecha. Caso similar vemos en la República Argentina, con el ascenso al poder de la derecha, representada por Mauricio Macri, tras el escándalo de la corrupción en el Kirchnerismo ⁵⁰

Como se podrá prever, las reformas legislativas del nuevo gobierno en estos países han cambiado la política penal, debido a que tienen una valoración distinta de la tutela estatal contra el crimen. Vemos así, la nueva propuesta legislativa que impulsa el presidente brasileiro que declararía inimputable al agente federal (policía) que mate a un delincuente en casos infraganti, sin necesidad que este homicidio se ejecute en vías de legítima defensa.⁵¹

⁵⁰ Véase el caso “los cuadernos de Kirchner”, destape de la corrupción durante el Kirchnerismo (2003-2015), cuyo origen se remonta a una investigación periodística por parte de Diego Cabot, miembro del diario “La Nación” y que hoy en día ha llevado a la mayor redada anticorrupción en la historia de ese país, con 60 detenidos, entre ellos el primo del actual presidente Macri. Periodista con el que nos entrevistamos para los fines de la presente investigación.

⁵¹ Véase en <https://www.europapress.es/internacional/noticia-bolsonaro-pide-aprobacion-inmediata-ley-garantizaria-posible-impunidad-policia-20190104125302.html>

Por lo que para evitar estos excesos y no caer en un *estado disciplinario*, como lo describimos anteriormente, creemos de transversal importancia la influencia de la criminología y sociología en el ámbito de la política penal, volveremos sobre este punto para profundizar mejor.

Por lo tanto, creemos de absoluta importancia hacer unas consideraciones previas al análisis de la crítica criminológica a los diferentes estamentos de la ciencia penal.

3.3. CRÍTICA A LA FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL DESDE LA ÓPTICA DE LA CRIMINOLOGÍA MODERNA:

a) LA TEORÍA DEL ETIQUETAMIENTO:

Aunque no directamente derivada de la concepción marxista, la *teoría o enfoque del etiquetamiento* (traducción del término inglés *labelling approach*, con el que también se le conoce), surgida en los años sesenta en el ámbito de la Criminología norteamericana (Goffman, Lemert, Becker), llegó a conclusiones que, en parte, coinciden con las de la nueva Criminología.

Su tesis central es que: la criminalidad no es una cualidad de una determinada conducta, sino el resultado de un proceso a través del cual se atribuye dicha cualidad, **es decir, de un proceso de estigmatización.**

Asimismo, es pertinente resaltar que, según una versión radical de esta teoría, la *criminalidad* es simplemente una etiqueta ⁵²que se aplica por los policías, los fiscales y los tribunales penales, es decir, por las instancias formales de control social. Otros representantes de la misma, menos radicales, reconocen, en cambio, que los mecanismos del etiquetamiento

⁵² En este sentido, podemos citar el axioma “*no podrá haber injuria donde no hay propiedad*”, LOCKE, *Essay concerning Human Understanding*, tomo IV, p.18.

no se encuentran sólo en el ámbito del control social formal, sino también en el informal, donde se dan los procesos de interacción simbólica en los que ya tempranamente la familia define quién es la oveja negra entre los humanos, o los maestros y los escolares al estudiante difícil o marginal.⁵³

En este sentido, coincidimos con la objeción de Walter Gutiérrez: *“nuestro sistema democrático está lleno de paradojas. Suele ignorar a quienes debe prestar mayor atención, sin embargo, garantiza derechos a quienes tienen el poder político o económico para ejercerlos. De este modo, el sistema coloca en un callejón sin salida a quienes no tienen poder para hacer respetar sus derechos, empujándolos a adoptar medidas extremas como la toma de carreteras para hacerse visibles a ojos del Estado.”*⁵⁴

Asimismo, se pronunció el pensador suizo Rousseau, muy adelantado a su época, allá por el siglo de las luces (s. XVIII), respecto a la libertad del individuo dentro de la sociedad civilizada y el choque esporádico con las reglas establecidas, las mismas que soportan el sistema democrático, aún incipiente en aquel tiempo; así tenemos:

“(…) en efecto, cada individuo puede, como hombre, tener una voluntad contraria o desigual a la voluntad general que posee como ciudadano: su interés particular puede aconsejarle de manera completamente distinta de la que le indica el interés común; su existencia absoluta y naturalmente independiente puede colocarle en oposición abierta con lo que debe a la causa común como contribución gratuita, cuya pérdida sería menos perjudicial

⁵³ De este modo, las personas así definidas quedan estigmatizadas con el signo social del fracaso (el pedagogo bien sabe cuáles serán los destinos que la vida endosará a tan opuestos chiquillos). Posteriormente, esta estigmatización o etiquetamiento será remachado y profundizado por otras instancias del control social, que terminará por hacer que el estigmatizado asuma por sí mismo, como parte de su propia historia vital, ese papel impuesto y acuñado desde afuera.

⁵⁴ GUTIÉRREZ, Walter, director de La Ley, edición. Junio 2016, p.5.

a los otros que oneroso el pago para él, y considerando la persona moral que constituye el Estado como un ente de razón-puesto que éste no es un hombre, gozaría de los derechos del ciudadano sin querer cumplir o llenar los deberes de súbdito, injusticia cuyo progreso causaría la ruina del cuerpo político.

*A fin de que este pacto social no sea, pues, una vana fórmula, él encierra tácitamente el compromiso, que por sí solo puede dar fuerza a los otros, de que, cualquiera que rehúse obedecer a la voluntad general, será obligado a ello por todo el cuerpo; **lo cual no significa otra cosa sino que se le obligará a ser libre**, pues tal es la condición que, otorgando cada ciudadano a la patria le garantiza de toda dependencia personal, condición que constituye el artificio y el juego del mecanismo, político y que es la única que legitima las obligaciones civiles, las cuales, sin ella, serían absurdas, tiránicas y quedarían expuestas a los mayores absurdos.*⁵⁵

(subrayado nuestro)

En tal sentido, podemos concluir que esta crítica al sistema penal ha existido desde los albores de la república moderna, siendo un tema que aún no se ha logrado un consenso entre los académicos.

Este dilema que perdura a través de los tiempos, creemos que se debe principalmente a la difícil comprensión y definición del ser humano, siendo entonces este conocimiento ontológico aún más profundo que los alcances de nuestra ciencia jurídica. En tal sentido, creemos acertada la afirmación: *“El más útil y el menos avanzado de todos los conocimientos humanos me parece ser el del hombre; y me atrevo a decir que la sola*

⁵⁵ ROUSSEAU, Juan Jacobo. *El contrato social*, Editora El Aleph. P.18.

*inscripción del templo de Delfos contiene un precepto más importante que todos los gruesos libros de los moralistas.”*⁵⁶

Es esta ignorancia de la naturaleza del hombre la que arroja tanta incertidumbre y oscuridad sobre la verdadera definición del derecho natural; pues la idea del derecho, dice Burlamaqui⁵⁷, y más aún la de derecho natural son manifiestamente ideas relativas a la naturaleza del hombre.

b) DELINCUENTES DE CUELLO BLANCO

Es preciso resaltar que la nomenclatura que se ha dado a este tipo de delitos no es propia del Derecho Penal, sino más bien proviene de la ciencia criminológica. El término fue acuñado por el sociólogo y criminólogo estadounidense **Edwin Sutherland** en 1939, quien lo definió como “el crimen cometido por una persona que goza de respetabilidad y alto estatus social, en el ámbito de su ocupación.”

En tal sentido, entendemos que no se trata de cualquier tipo de delito, incluso no sólo es un delito cometido por una persona con solvencia o poder económico, sino además tiene que cometerse dentro de un esquema empresarial.

En nuestro país, se pronuncia en el mismo sentido el penalista Dino Caro Coria, respecto al poder del criminal: *“no estamos hablando de una persona que roba por necesidad, sino de una persona con poder económico. En consecuencia, también con poder político, con protección y que comete delitos en el marco de organizaciones empresariales,*

⁵⁶ ROUSSEAU, Juan Jacobo. *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, 1754, Editora Tecnos, p.13.

⁵⁷ J. BRULAMAQUI, jurista ginebrino, *Principes du droit naturel*.

utilizando su poder para cometer ese delito y para protegerse de la persecución y sanción” ⁵⁸

Por lo tanto, el poder económico y político que ostentan estos delincuentes pone a su disposición todas las herramientas del sistema, no sólo pueden contratar a los mejores bufetes de abogados para su defensa técnica legal, sino, además, pueden fácilmente corromper a los funcionarios públicos encargados de investigarlos y procesarlos.

Asimismo, debemos tener en cuenta la complejidad en la investigación de este tipo de delitos, los mismos que suelen tener como fachada a una empresa sólida y aparentemente legal, además si consideramos las penas bajas con la que se sanciona, podemos entender que todo esto coadyuva a que la población tenga la idea de que existe un trato diferenciado para el delincuente poderoso o de cuello blanco en comparación con el delincuente común, máxime tras la reciente publicación de los CNM-Audios o “audios de la vergüenza”, revelando un mega caso de corrupción en el poder judicial de nuestro país, en el que pudimos ver lo que ya era un secreto a voces, que la justicia se vendía al mejor postor.

3.4. GARANTISMO PENAL DESDE LA ÓPTICA DE FERRAJOLI:

“El hombre ha nacido libre y, sin embargo, vive en todas partes entre cadenas... ¿qué puede imprimirle el sello de legitimidad? Creo poder resolver esta cuestión.” ⁵⁹

No podemos cerrar este punto, sin resaltar el gran aporte que realiza

⁵⁸ Ibídem, p.15.

⁵⁹ ROUSSEAU, Juan Jacobo. *El contrato social*, Editora El Aleph. P.18.

el jurista italiano Ferrajoli⁶⁰ respecto al fin del Derecho Penal, desde una óptica moderna del Utilitarismo Penal, intentando responder a la pregunta *¿por qué castigar?*, pero sin caer en un derecho policiaco o vulnerador de derechos fundamentales.

Siendo así, tenemos el derecho penal y sus alternativas:

- a) Sociedad salvaje,
- b) Estado salvaje,
- c) Sociedad disciplinaria y
- d) Estado disciplinario.

Para Ferrajoli, es completamente posible clasificar en estos 4 sistemas de control social las alternativas al derecho penal garantista, los mismos que se caracterizan por ser igualmente carentes de cualquier garantía contra el abuso y la arbitrariedad, teniendo las siguientes características:

a) SOCIEDAD SALVAJE:

Es aquel sistema de control social que tal y como se ha expresado históricamente en todos los ordenamientos arcaicos en los que la reacción a la ofensa se encomienda no a la pena, sino a la venganza individual o parental, como la venganza de sangre, las represalias, el duelo, etc., en fin, con todo aquello que dejaba el campo libre para la ley del más fuerte.

b) ESTADO SALVAJE:

Se entiende así al sistema de control estatal que tal y como se han realizado históricamente bien en ordenamientos primitivos de

⁶⁰ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, Editorial Trotta, p. 339.

*carácter despótico, bien en muchos ordenamientos modernos autoritarios, en los que la pena se impone mediante procedimientos potestativos presididos por la arbitrariedad o por los intereses contingentes del que amenaza con ella, sin garantías que tutelen al condenado.*⁶¹

c) SOCIEDAD DISCIPLINARIA:

Este sistema de control se caracteriza por ser autorregulado, aunque es característico también de comunidades primitivas, pero fundamentalmente de todas aquellas comunidades fuertemente moralizantes e ideologizadas, sujetas a la acción de rígidos conformismos que operan en forma de autocensura, así como a las presiones de ojos colectivos, policías morales, panoptismos sociales difusos, linchamientos de opinión, ostracismos y demonizaciones públicas.

En este sentido, es importante el análisis que realizó el pensador francés Michael Foucault de la época en que vivió, describiendo el sistema carcelario instaurado por las democracias occidentales como un reemplazo “humanitario” de las torturas del Antiguo Régimen. Sin embargo, concluye que dicho sistema sigue reprimiendo la dignidad humana, incluso dicha estructura de poder instaurado no sólo se materializaba en el sistema carcelario, sino además en las fábricas y el sistema educativo, haciendo del ciudadano un sujeto de domesticación que lleva fuertemente anclada estas nociones del sistema estatal, lo que Foucault denominó la *anatopolítica*, la norma dentro de la anatomía del cuerpo. Siendo que el poder era quien definía lo que era normal y

⁶¹ En tal sentido, podemos citar a Rousseau: “El más fuerte no lo es jamás bastante para ser siempre el amo o señor, si no transforma su fuerza en derecho y la obediencia en deber”

anormal, en tal sentido, la verdad no existiría, sólo sería una representación del poder.

d) ESTADO DISCIPLINARIO:

*Finalmente, este sistema de control estatal, es un producto típicamente moderno y sobre todo un peligro del futuro, que se caracterizan por el desarrollo de las funciones preventivas de seguridad pública mediante técnicas de vigilancia total, como las que hace posible el espionaje de los ciudadanos por parte de poderosas policías secretas, así como a través de los actuales sistemas informáticos de fichado generalizado y de control audiovisual.*⁶²

Por lo tanto, para el garantismo penal, estos métodos de control estatal abusivos sobre la criminalidad, no sólo son sistemas arcaicos, de los cuales encontramos reseñas en los libros de historia prehispánica o medieval. Sino, además, los encontramos muy cerca de nuestro tiempo⁶³, e incluso podría decirse que aún hay vestigios de ellos en Europa, ni que decirse de las democracias incipientes latinoamericanas y de Medio Oriente.

En consecuencia, es importante reflexionar sobre todo el conjunto de técnicas informáticas y telemáticas de control a distancia que se manejan

⁶² Ibídem, pp. 338-339.

⁶³ En este sentido podríamos mencionar al régimen Nazi (1933-1945) como una sociedad disciplinaria, en la cual había un fundamentalismo ideológico dominante sobre las minorías que eran constante y sistemáticamente criminalizadas. Vale decir, que, a nuestro parecer, si los juicios de Nuremberg, vistos por el Supremo Tribunal de las Fuerzas Aliadas, en noviembre de 1945, hubieran sido procesos resueltos con un estricto garantismo penal, los altos mandos nazis hubieran sido declarados absueltos por el principio fundamental *nullun crimen nulla poena sine lege praevia*, aunque se haya demostrado la comisión de actos tan aborrecibles como la ejecución sistemática de judíos y minorías sociales. Sin embargo, también creemos pertinente recalcar que dichos juicios reavivaron otra vieja discusión iusfilosófica, entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo.

en la actualidad, haciendo posible un *Panopticon* social mucho más capilar y penetrante que el carcelario que pudo imaginar Bentham, el mismo que es idóneo para desempeñar funciones no sólo de prevención de los delitos sino también de gobierno político de la sociedad, como bien advirtió Ferrajoli, unos veinte años atrás, siendo este punto neurálgico para los fines de la presente investigación, volveremos sobre el mismo más adelante para desarrollarlo más ampliamente.

3.5. LA LEGISLACIÓN PENAL EN MATERIA DE DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN NUESTRO PAÍS:

En nuestro Código Penal el tratamiento legal que se hace en los delitos contra la administración pública, el legislador ha centralizado todos aquellos comportamientos delictivos que lesionan o ponen en peligro la actividad estatal en sus diversas manifestaciones.⁶⁴

Por lo tanto, desarrollaremos lo que se entiende doctrinariamente por Administración Pública⁶⁵, analizando los alcances de la Administración Pública como bien jurídico protegido por los tipos penales del Código Penal peruano y finalmente, veremos cuál debe ser la calidad de los agentes para ser imputados como autores de este tipo de delitos.

a) LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO BIEN JURÍDICO GENÉRICO:

Entendida la administración pública como toda actividad cumplida

⁶⁴ GOMEZ MENDEZ, Alfonso y GOMEZ PAVAJEAU, Carlos, *Delitos contra la administración pública de conformidad con el Código Penal de 2000*, 2° ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p.29.

⁶⁵ Compartimos el concepto sintetizado por el jurista Salinas Siccha: “*La administración pública no es otra cosa que el Estado jurídicamente organizado*”, en su libro: “*Delitos contra la administración pública*”, editora Iustitia 5° edición, p.3.

por los funcionarios y servidores públicos para poner en funcionamiento al Estado y así este pueda cumplir sus fines, nadie puede objetar en forma razonable que merece protección de parte del Derecho Punitivo.

Creemos que no cabe duda respecto a que si la Administración Pública merece *per se* ser objeto de protección del sistema punitivo, siendo la manifestación de la actividad estatal que da forma a la sociedad en que vivimos, a través de los funcionarios públicos que laboran en representación de la ciudadanía⁶⁶, los mismos a los cuales se les confía un rol trascendental debiendo cumplir sus atribuciones con apego a la ley. Por lo tanto, podemos afirmar como Suárez Gonzales, que *“parece poco plausible poner en discusión que la administración pública constituye un elemento básico de la configuración actual de la sociedad y por lo tanto merecedor de protección”*⁶⁷

En consecuencia, se busca proteger penalmente el normal, correcto y transparente desenvolvimiento o desempeño de la administración pública, orientada siempre al logro de su fin último cual es el bien común. Por lo que debe entenderse, que la lesión o puesta en peligro del normal o correcto funcionamiento de la administración pública pone en directo peligro la organización misma del Estado.⁶⁸

⁶⁶ En este sentido, Salinas Siccha: *“Al ser la administración pública algo abstracto, el servicio o actividad pública que es algo más concreto, es realizado o materializado por personas que cumplen labores o trabajan al interior de una institución pública que forma parte de la administración estatal a cambio de una remuneración. Estos trabajadores reciben el nombre de funcionarios o servidores públicos. En tanto que el empleador no es otro que el Estado.”*

⁶⁷ SUAREZ GONZALES, Carlos, *“La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del derecho penal”*, Editora Grijley, 2001, p.161.

⁶⁸ SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la administración pública*, editora Grijley 2º edición, p.6 y ss.

En tal sentido, debe entenderse la administración pública como un bien jurídico general, siendo que cada tipo penal de este capítulo es desarrollado individualmente en nuestro código, los mismos que tutelan bienes jurídicos más específicos pero que siempre se desprenden del antes señalado.⁶⁹

b) TEORÍA DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER:

La presente teoría sustenta su posición en dilucidar quien cumple el rol de autor y quién de partícipe en la comisión de delitos contra la administración pública.

Es pertinente señalar que la presente teoría fue introducida por el jurista alemán Claus Roxin⁷⁰, estableciendo un criterio para la determinación o delimitación de la autoría.

Siendo de relevante aplicación en aquellos tipos penales en los que obra el *extraneus* o tercero, el cual tiene el dominio del hecho, ya sea junto al sujeto público o no. Esto es, en los casos en los cuales el sujeto público instiga o motiva para que el tercero se sustraiga los bienes públicos, por ejemplo, o induce al tercero para que, junto a él, repartiéndose determinados roles, realicen determinado delito contra la administración pública. Por lo tanto, según esta teoría, el hombre de atrás *intraneus* es el autor (mediato), mientras que el hombre de adelante, el extraño es sólo un cómplice (por carecer de cualificación típica).

⁶⁹ En este sentido Rojas Vargas, precisa que: “*La singular disgregación en objetos específicos con vinculación institucional de protección penal le confiere a la Administración Pública, en tanto bien jurídico-penal, su carácter supraindividual o difuso*”, en su libro “*Delitos contra la administración pública*”, p.10.

⁷⁰ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho*. Editora Marcial Pons. Versión española, Madrid 2016.

Asimismo, la autoría en los delitos contra la administración pública se caracterizan por ser unos delitos de infracción de deber especial de carácter penal que no recae en todas las personas (lo que sí ocurre en los delitos de infracción de deber general, cuya infracción provoca la sanción prevista en el tipo penal); sino solamente en los funcionarios públicos, debido a que estos tienen el deber de lealtad, cautelar proteger e impulsar el correcto funcionamiento de la administración pública y sus recursos. Por lo que estamos hablando de un sujeto activo calificado.

En tal sentido, podemos afirmar que *“en estos delitos lo relevante no es – aunque lo haya- el dominio sobre un suceso, sino la infracción de un deber impuesto por una institución positiva”*.⁷¹

Cabe resaltar la singularidad de este tipo de delitos, puesto que se trata de un tipo penal en el que el deber ya está plasmado en la norma, existiendo un *numerus clausus* en los sujetos pasibles de ser imputados como autores, quedando establecido que únicamente pueden ser funcionarios públicos. Asimismo, coincidimos con el jurista Salinas Siccha al afirmar que:

“es preciso dejar establecido que en los delitos especiales, los bienes jurídicos que se pretenden proteger siempre se representan en principios o deberes (el principio de no lesionar el patrimonio del Estado en el peculado, el principio de legalidad presupuestal en el delito de malversación de fondos, el principio de gratuidad del acto

⁷¹ SANCHEZ VERA, “Delito de infracción de deber”, en libro homenaje al profesor Günter Jakobs, *El funcionalismo en Derecho Penal*, tomo I, Colombia, 2003, p.275.

público en los cohechos, los principios de imparcialidad y transparencia en el delito de colusión , el principio de autoridad en el delito de abuso de autoridad, etc.), en tanto que en los delitos comunes o de dominio, los bienes jurídicos que se pretenden proteger siempre se representan en derechos (derecho a la vida en los homicidios, derecho a la salud en los delitos de lesiones, derecho a la libertad sexual en los delitos de sexuales, derecho a la salud pública en los delitos de tráfico ilícito de drogas, etc.).”

c) SUJETO ACTIVO CALIFICADO

Como se desprende de lo anteriormente descrito, el sujeto activo de los tipos penales requiere de características específicas, siendo que el único que puede cometer este tipo de delitos en calidad de autor es el ciudadano que ostenta la calidad de funcionario público en ejercicio.

Para definir lo que se entiende por funcionario público en nuestro ordenamiento jurídico, nos remitimos a lo esbozado por dichos en la materia, así tenemos:

- *“El funcionario público es el agente más importante de la estructura jurídica estatal de un país que ocupa determinados estatus institucionales y tienen asignados específicos roles que debe desempeñar y con relación a los cuales responde tanto positiva o negativamente.”*⁷²
- Asimismo, para el profesor argentino Juan Carlos Cassagne, *“aun para el concepto restringido que se ha adoptado, debe*

⁷² ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la administración pública*. Cuarta edición, Grijley, Lima, 2007, p.39.

*entenderse como la aplicación del régimen peculiar y específico del servicio público a determinadas actividades que prestan a los ciudadanos”*⁷³

- En tal sentido, creemos pertinente resaltar la definición legal de funcionario público en el ámbito administrativo peruano, así tenemos que en el reglamento del Decreto Legislativo n.º276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa (LBCA), aprobado por el Decreto Supremo n.º005-90-PCM, define la naturaleza jurídica de funcionario público como *el ciudadano que es elegido o designado por autoridad competente, conforme al ordenamiento legal, para desempeñar cargos de más alto nivel en la Administración Pública*. Los cargos políticos o de confianza son determinados en el art. 4º del reglamento de la LBCA. Asimismo, se define al servidor público como el ciudadano en ejercicio que presta servicios en entidades de la Administración Pública con nombramiento o contrato de autoridad competente, suscrita con las formalidades de ley en jornada legal y sujeto a retribución remunerativa permanente en períodos regulares (artículo 3 del reglamento de la LBCA).⁷⁴
- Finalmente, la Ley n.º 28175, Ley Marco del Empleo Público, utiliza la expresión empleado público (art. 3º) y dentro de ella distingue al funcionario público, el empleado de confianza y al servidor público (art. 4º), asimismo, define al funcionario público como *“el que desarrolla funciones de*

⁷³ CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Octava edición, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p.297.

⁷⁴ LIZARRAGA GUERRA, Víctor. *Procedimiento administrativo sancionador en la función pública*. Iurista Editores, Lima 2019. P.23.

preeminencia política, reconocida por normas expresa, que representan al Estado o a un sector de la población, desarrolla políticas de Estado y/o dirigen organismo o unidades públicas”.

3.6. EL NUEVO PROCESO DE *PÉRDIDA DE DOMINIO* COMO COMPLEMENTO DE LA ACCIÓN DEL ESTADO EN CASOS DE CORRUPCIÓN

Creemos pertinente resaltar la reciente regulación de los procesos de pérdida de dominio y el impulso estatal que reciben, como la creación de nuevos juzgados especializados en el avocamiento de estos casos.

Este nuevo proceso fue incorporado y reglamentado por el Decreto Legislativo n.º 1104, el mismo que señala en su art. 2.1º que:

“La pérdida de dominio es una consecuencia jurídico – patrimonial a través de la cual se declara la titularidad de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito a favor del Estado por sentencia de la autoridad jurisdiccional”

Por lo tanto, podemos decir que esta figura jurídica se entiende como un proceso judicial especial de carácter real, de contenido patrimonial y se tramita como proceso especial, constituyendo una acción distinta e independiente de cualquier otra, y procede sobre bienes o cualquier título, derecho real o patrimonial, principal o accesorio, independientemente de quien ostente la posesión o la propiedad, cuando se verifique que los mismos han sido obtenidos por la ejecución de actos ilícitos graves, esto en concordancia con el art. 2.2º de la citada norma.

Vale decir que el antecedente más cercano de nuestra ley de pérdida de dominio la encontramos en la legislación colombiana referida a la extinción de dominio, la misma que fue materia de análisis por juristas de

este país vecino, entre ellos: Julio Ospino Gutiérrez⁷⁵, quien, refiriéndose a esta figura jurídica, precisa:

“Es distinto y no está supeditado al proceso penal; así el proceso penal puede haber finalizado por cualquier causa y aquel seguir adelante. Es perfectamente posible que no se haya iniciado siquiera proceso penal alguno, por hechos que se configuran la causal de extinción de dominio que se invoque, y se adelante y llegue a su fin el proceso de extinción de dominio. También puede suceder que el proceso penal termine por cualquier causa y el de extinción de dominio apenas inicie o continúe sin ningún tipo de dependencia.

Así las cosas, la extinción de dominio, entendida como nueva arma para combatir el crimen organizado, que no depende de las resultas del proceso penal, complementa la acción del Estado contra esa forma de criminalidad. Es como si se dijera que **no resulta suficiente la acción penal, para esos efectos, sino que, además, necesitamos esta nueva acción para frenar eficazmente las organizaciones al margen de la Ley”**

Finalmente, es preciso señalar que coincidimos con la postura adoptada por nuestra doctrina, al señalar que el proceso de pérdida de dominio no forma parte de la manifestación del *ius puniendi* del Estado, debido a que no es un juicio de culpabilidad, sino un proceso independiente que busca determinar la legitimidad de los derechos reales sobre los bienes, que posiblemente provengan de dinero sucio.

Para dilucidar este punto, creemos necesario citar una sentencia emblemática, la misma que fue dictada contra uno de los bienes del ex-

⁷⁵ Ospino Gutiérrez, Julio. *La acción de extinción de dominio*, Ediciones Nueva jurídica, primera edición, 2008. Pg. 45.

asesor presidencial Vladimiro Montesinos Torres, ubicado en la Urbanización Chacarilla del Estante, distrito de Santiago de Surco, provincia y departamento de Lima. Bien que supuestamente se adquirió con dinero ilícito, proveniente del cobro de comisiones ilegales en licitaciones públicas llevadas a cabo por el Ministerio de Defensa y del Interior.⁷⁶

La citada sentencia precisa en el considerando noveno que:

“En efecto, la pérdida de dominio se caracteriza por ser un proceso autónomo, marca distancia tanto del ius puniendi del Estado como del derecho civil, pues los efectos que ella genera, no constituye una pena que se impone por la comisión de una conducta punible sino que procede independientemente del juicio de culpabilidad de que sea susceptible el afectado, igualmente, es una acción que no está motivada por intereses patrimoniales sino por intereses superiores del Estado, como lo son el patrimonio público, el tesoro público y la moral social, en ese sentido el mismo es una acción pública, ya que el ordenamiento jurídico sólo protege el dominio que es fruto del trabajo lícito y por ello el Estado le extiende su protección”

En tal sentido, podemos concluir que si bien es cierto el proceso especial de pérdida de dominio no es una manifestación fidedigna del *ius puniendi* estatal, complementa la acción del estado frente a delitos de grave repercusión social, entre ellos los delitos contra la administración pública, incluso podría decirse que este tipo especial de proceso es necesario en la lucha contra la corrupción, allí donde el Derecho Penal no fue suficiente.

⁷⁶ Expediente n.º 00132-2013-1-1826-JR-PE-01, conocido por el 1º Juzgado de Investigación Preparatoria de Lima.

Por lo tanto, se confirma nuestra posición esgrimida en los puntos precedentes de nuestra investigación, el Estado no sólo tiene el derecho a castigar, sino que también es su deber; para lograr los fines de paz y armonía social y su propia existencia.

CAPÍTULO IV:

IUS PUNIENDI ADMINISTRATIVO

EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Asimismo, creemos que si bien es cierto el Estado peruano en el uso de su derecho y deber de sancionar⁷⁷, refuerza legislativamente al Derecho Penal, adoptando diferentes medidas contra la corrupción de funcionarios, entre ellas podemos citar: a) el aumento del quantum de las penas, b) la declaración de imprescriptibilidad⁷⁸ de este tipos de delitos contra la administración pública, c) creación y expansión de juzgados y despachos fiscales especializados en la persecución y sanción del lavado de activos y corrupción de funcionarios, d) sanciones con penas represivas no sólo a personas naturales sino también a las personas jurídicas que sirvan de fachada o coadyuven en la comisión de este tipo de delitos.⁷⁹

Sin embargo, vemos que aún tras las diversas modificatorias realizadas y el adelanto de la barrera punitiva, la respuesta represiva del Estado sigue siendo parvo e insuficiente en la lucha contra la corrupción, un ejemplo claro de esto lo vemos en las reiteradas ocasiones en las que el Ministerio

⁷⁷ ZAFFARONI Eugenio Raúl en “*Tratado de Derecho Penal- parte general tomo I*”, EDIAR, 1° edición, Buenos Aires, Argentina, se pronuncia en el mismo sentido, afirmando que: *El estado no tiene “derecho” a incriminar ni a penar, sino que tiene el deber de hacerlo, porque es un deber que surge de su función misma, es decir, de la propia razón de su existencia. El Estado existe porque es necesario para posibilitar la coexistencia y, por ende, para esta función le resulta imprescindible incriminar y penar, porque de otro modo no puede tutelar adecuadamente ciertos bienes jurídicos contra ciertos ataques.*

⁷⁸ Así lo estableció el Congreso de la República al emitir la Ley n.° 30650 que modifica el Art.° 41 de la Constitución Política del Perú, señalando que *el plazo de prescripción de la acción penal se duplica en caso de los delitos cometidos contra la administración pública o el patrimonio del Estado, tanto para los funcionarios o servidores públicos, como para los particulares. La acción penal es imprescriptible en los supuestos más graves, conforme al principio de legalidad.*

⁷⁹ Respecto a las sanciones penales contra personas jurídicas en el ámbito de la lucha contra la corrupción tenemos la Ley N° 30424, *Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional, siendo pertinente precisar que sólo se aplica para el delito de cohecho activo transnacional (art. 397-A del Código Penal –CP–), castigando al agente activo del tipo que soborna a un funcionario público de otro Estado u organismo internacional (art. 1)*

Público, dentro de un proceso penal , no cuenta con la data suficiente, ni el conocimiento técnico especializado en Gestión Pública y Contrataciones con el Estado para sustentar contundentemente una acusación penal por corrupción de funcionarios, dando origen a la impunidad de actos de corrupción que debieron ser sancionados; o en sentido contrario, muchas veces *el primer garante de la legalidad* impulsa denuncias de parte, que son maliciosas o defectuosas contra actuaciones legales y apegadas a derecho de funcionarios públicos, denuncias de parte salpicadas de tintes políticos que aumentan innecesariamente la carga procesal y vulneran derechos fundamentales.

Es en este contexto que nace una nueva figura jurídica dentro de la potestad sancionadora del Estado, se trata de la ***responsabilidad administrativa funcional***, siendo que en el presente trabajo de investigación nos centraremos específicamente en el Sistema Nacional de Control como rama del *ius puniendi administrativo*.

Siendo así, es importante adelantar que con la Ley n.º 27785, promulgada el 22 de julio del 2002, se regula el ámbito, organización, atribuciones y funcionamiento del Sistema Nacional de Control y se establece a la Contraloría General de la República como ente técnico rector de dicho sistema.⁸⁰

Asimismo, es pertinente señalar que según el artículo 2º de la Ley citada, el objeto de la misma es el de *propender al apropiado, oportuno y efectivo ejercicio del control gubernamental, para prevenir y verificar, mediante la aplicación de principios, sistemas y procedimientos técnicos, la correcta, eficiente y transparente utilización y gestión de los recursos y bienes del Estado, el desarrollo honesto y probo de las funciones y*

⁸⁰ Así lo establece el artículo n.º 1 de la Ley citada.

actos de las autoridades, funcionarios y servidores públicos, así como el cumplimiento de metas y resultados obtenidos por las instituciones sujetas a control, con la finalidad de contribuir y orientar el mejoramiento de sus actividades y servicios en beneficio de la Nación. (Subrayado agregado).

Consideramos que para una exposición más didáctica debemos centrarnos primero en si existe o no una distinción particular entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador a la luz de la doctrina actual.

4.1. TEORÍAS QUE ABORDAN LA PROBLEMÁTICA QUE PRESENTA LA DISTINCIÓN ENTRE ILÍCITO ADMINISTRATIVO E ILÍCITO PENAL:

Para tales efectos y considerando la bibliografía consultada como base para la presente investigación, dividiremos las diferentes teorías de acuerdo a sus posiciones, tales como las teorías diferenciadoras, las unitarias y las ecléticas.

a) Teorías diferenciadoras:

La teoría diferenciadora sostiene que entre ambos ilícitos existen **diferencias sustanciales**, es decir materiales, concluyendo que ambos tienen naturalezas jurídicas únicas puesto que persiguen y sancionan fenómenos distintos.

Asimismo, es pertinente señalar que esta posición sostiene que “*los delitos conllevan un especial juicio de desvalor ético, mientras que el ilícito administrativo se agota en la mera desobediencia a las normas administrativas. Los delitos serían mala in se, las*

infracciones administrativas se castigarían porque están prohibidas, son mala quisa prohibita”⁸¹

Sin embargo, es preciso señalar que esta teoría se encuentra en declive, puesto que el ilícito penal ya no tutela valores éticos-sociales, sino que tutela bienes jurídicos de importante relevancia para la armonía social, con este giro de la política criminal moderna se da un gran avance en la separación entre Derecho y Moral, que en épocas pasadas formaban un unísono.⁸²

Los dos exponentes más significativos en lo que respecta al objeto que persiguen estas dos ramas del derecho; sean, probablemente, Silva Sánchez y García Caveró⁸³, siendo que el segundo sostiene que “ las normas administrativas aseguran expectativas referidas al funcionamiento global de un sector del tráfico social y tiene como finalidad únicamente que estos sectores no se colapsen... las normas penales, por el contrario, protegen expectativas normativas derivadas de la identidad normativa esencial de la sociedad o, lo que es lo mismo, los aspectos que permite en el sistema social concreto una realización de la diferencia sustancial entre infracción administrativa y delito”.

Por su lado, Silva Sánchez le da un mayor énfasis al sometimiento del derecho penal a un juez, señalando que esta es una diferencia cualitativa en comparación con el derecho administrativo

⁸¹ GÓMEZ TOMILLO, Manuel / SANZ RUBIALES, I. *Derecho administrativo sancionador, Parte General (Teoría general y práctica del derecho penal administrativo)*. Editora ARANZADI, 3ra edición, Argentina 2013.

⁸² Al respecto, GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico. Parte General*, Piura, 2003, pp. 67-70.

⁸³ SILVA SANCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho Penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Editorial Civitas, Segunda Edición, Barcelona, 2001. pp. 125-126. García Caveró véase obra citada.

sancionador, además señala que tales ramas del Derecho ostentan identidades sustanciales diferentes, lo cual *explica por qué en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador se opera con criterios de persecución e imputación más flexibles*⁸⁴, la aceptación del concepto unitario del autor, etc.

En este sentido el Tribunal Constitucional en el EXP. N.º 01873-2009-PA/TC, se ha pronunciado diciendo que: “Y es que si bien la potestad de dictar sanciones administrativas al igual que la potestad de imponer sanciones penales, derivan del ius puniendi del Estado, no pueden equipararse ambas, dado que no sólo las sanciones penales son distintas a las administrativas, sino que los fines en cada caso son distintos (reeducación y reinserción social en el caso de las sanciones penales y represiva en el caso de las administrativas). A ello hay que agregar que, en el caso del derecho administrativo sancionador, la intervención jurisdiccional es posterior, a través del proceso contencioso administrativo o del proceso de amparo, según corresponda.”

Finalmente, es importante acotar que coincidimos con el autor Castillo Alva, en el sentido que una importante distinción entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal, es la aplicación del principio de subsidiaridad, “por lo cual el derecho penal es ultima ratio, opera cuando los demás medios de control social no desincentivan debidamente las conductas dañosas”.⁸⁵

⁸⁴ El citado argumento también fue expuesto, por ejemplo, vid. M.A. Ruffo. *Diritto penales amministrativo dopo la legge*, Editorial Padova 2000, pp 14 y siguientes. Italia 1999.

⁸⁵ CASTILLO ALVA, José Luis. *Principios de derecho penal. Parte general*, Lima. Gaceta Jurídica 2002, p.226.

b) Teoría unitaria:

Esta teoría, se caracteriza, por afirmar que ambas ramas del derecho poseen la misma naturaleza jurídica. Aludiendo que ambas infracciones son sustancial y materialmente idénticas, con algunos matices procesales.

Además, esta teoría tiene en cuenta una *perspectiva histórica*, concluyendo que el desarrollo de ambas materias ha sido uniforme y paralelo, además pone relevancia a la finalidad que ambas persiguen en la tutela de bienes jurídicos. Puesto que, según su parecer, si el derecho administrativo sancionador no tutelase bienes jurídicos, sino simples formalidades, puede conducirse a la arbitrariedad sancionadora.

En tal sentido, resulta pertinente acotar la idea ilustrativa de que *“desde el núcleo del Derecho Penal, hasta las últimas faltas penales o administrativas discurre una línea continua de un ilícito material que se va atenuando, pero que nunca llega a desaparecer de todo.”*

86

c) Teoría Eclécticas:

Esta tercera opción, se puede considerar como una teoría *mixta*. Esta tesis sostiene que la evidente diferencia de gravedad entre algunos de los comportamientos de los que se ocupan el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador no se tiene que interpretar en una diferencia de naturaleza jurídica de unos y otros ilícitos.

⁸⁶ CEREZO MIR. *Límites entre el derecho penal y el derecho administrativo*. Editora ADPCP. Madrid 975. P.159.

Asimismo, niega que se releve los hechos de menor importancia al derecho administrativo sancionador, mientras que los hechos punibles de mayor relevancia e impacto social sean exclusivamente atribuibles al derecho penal. Lo cual se demuestra que muchas veces, la legislación comparada contempla sólo sanciones administrativas a delitos de gran impacto como los cometidos por personas jurídicas.

Es pertinente señalar, lo que apunta *Roxin*, al precisar que si bien es cierto que ambas ramas del derecho desarrollan en su materia de imputación la tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y se orientan a la protección de bienes jurídicos. Lo que resulta diferente en ambos, es la entidad de los bienes jurídicos, es decir, mientras que en el Derecho Penal se tutela el derecho a la vida, la autodeterminación sexual, la libertad, la propiedad, etc.

No es menos cierto que, en el Derecho administrativo sancionador también se tutelan estos bienes jurídicos, pero siempre que estén vinculados a la actividad ordinaria de la Administración Pública, pasando a una relevancia menos central en el sistema.

Por lo expuesto, creemos que al tener ambas ramas del Derecho una idéntica naturaleza jurídica, no sólo con un carácter netamente teórico, sino, además, desde el punto de vista práctico. Se podría afirmar sin temor a equivocarnos que la mayor parte de los principios y garantías que se predicen en el Derecho Penal, son compartidos o asimilados en el Derecho Administrativo Sancionador.

En este sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 2050-2002-AA/TC F. 8 “(...) *es necesario precisar que los*

principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador...”.

Del mismo modo se pronuncia la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso López Mendoza vs. Venezuela. Sentencia del 1 de setiembre de 2011: **“...las sanciones administrativas, disciplinarias o de naturaleza análoga son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado** y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas”

4.3. APLICABILIDAD DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL AL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

Esta postura nace del reciente nacimiento del derecho administrativo sancionador y por ende su escaso desarrollo doctrinario. Siendo, un derecho que no está dotado de reglas para su normal implementación, se podría aplicar *mutatis mutandis* los principios del derecho penal.⁸⁷

Claro está, que este razonamiento analógico que subyace de tal planteamiento no perjudique al infractor, lo que implicaría una analogía *in peius*, incompatible con postulados constitucionales⁸⁸ evitando de esta manera lagunas normativas.

⁸⁷ GÒMEZ TOMILLO, Manuel / SANZ RUBIALES, I. *Derecho administrativo sancionador, Parte General (Teoría general y práctica del derecho penal administrativo)*. Editora ARANZADI, 3ra edición, Argentina 2013, p.114.

⁸⁸ Ibídem, p.116, el autor dice en este sentido: Tampoco se trata de un planteamiento excesivamente novedoso, toda vez que la jurisprudencia viene haciéndolo con cierta frecuencia en determinados ámbitos; así por citar tan solo un ejemplo, el régimen de la prescripción de faltas se aplicaba a las infracciones urbanísticas, carentes de regulación expresa hasta 1975; *vid.* Parejo Alfonso, *La disciplina urbanística*, p.159.

A este respecto, creemos pertinente citar lo que en reiteradas ocasiones la jurisprudencia española se ha pronunciado:

*“... ha de recordarse que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (artículo 25, principio de legalidad), y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (sentencias de la Sala Cuarta de 29 de septiembre, 4 y 10 de noviembre de 1980, entre las más recientes), hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales”*⁸⁹

Asimismo, coincidimos con el autor al afirmar que la aplicación de los principios del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador no equivale a una identidad plena, a la intercambiabilidad de reglas. Es decir, nadie ha propugnado que las reglas de la omisión, las circunstancias, la tentativa, la autoría y la participación, el concurso, etc. Deban ser uniforme en el Derecho Penal y en el Derecho Administrativo Sancionador.

De Hecho, en la realidad normativa varían incluso dentro del Derecho Penal (piénsese en la punición de los actos preparatorios que se sancionan en relación con unos delitos y no con otros, la utilización del concepto unitario de autor sólo en determinados delitos, la existencia de circunstancias agravantes especiales, la

⁸⁹ STC 18/1981, de 8 de junio (RTC 1981, 18) (f. 2º), Supremo Tribunal Español.

aparición de normas concursales específicas, etc.)⁹⁰

Esta precisión, sin embargo, no alienta la conclusión de una diferenciación de naturaleza jurídica (debido a que en la doctrina y sobre todo en la práctica se observa que las líneas centrales que orientan ambos sistemas y sus principios son compartidas plenamente), sino por el contrario, advierte de una extensión *acrítica* de lo característico del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador.

Como podemos ver, los principios de la potestad sancionadora del Estado son aplicados de manera distinta tanto en el derecho administrativo sancionador como en el derecho penal.

Cabe resaltar una característica importante, y esto es que los procesos penales gozan de exclusividad jurisdiccional, es decir el único que puede dirimir sobre la relevancia penal de un hecho punible es el órgano jurisdiccional competente.

Esto no sucede así con la rama administrativa del *Ius Puniendi*, la misma que se caracteriza por tener una pluralidad de Entidades que ejercen la potestad sancionadora del Estado, facultad que es otorgada por la constitución política. Incluso, cabe resaltar que existen entidades que no forman parte del Estado, pero que sin embargo forman parte de la Administración Pública, como es el caso de los colegios profesionales, que poseen potestad sancionadora respecto a sus miembros, y que *constituyen personas jurídicas no estatales de derecho público interno*.⁹¹

⁹⁰ Ibídem, p.117.

⁹¹ Artículo 20 de nuestra Constitución Política de 1993.

4.4. POSICIÓN DISIDENTE: DERECHO CONSTITUCIONAL COMO FUENTE DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Cabe resaltar la posición particular que adopta principalmente el jurista español Alejandro Nieto García, quien propugna establecer una teoría de la fuente diferente a la convencional.

Se trata de un punto de vista distinto, en el que el paralelismo o fuente del Derecho Administrativo Sancionador no se vería de una forma *horizontal*, es decir entre dos ramas del Derecho con la misma jerarquía (Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador), sino por el contrario, propone una visión *vertical*, desde el Derecho Constitucional del Estado al Derecho Administrativo Sancionador.

Por lo tanto, según esta teoría de la fuente constitucional, se desprende que los principios del Derecho Administrativo Sancionador más que remitirse al Derecho Penal, se subordinan y adquieren del Derecho Constitucional, en la expresión Punitiva del Estado.⁹²

Sin embargo, esta teoría no abarca más allá que un juego de etiquetas, puesto que el Derecho Penal es en sí mismo la expresión del poder punitivo del Estado por excelencia, teniendo como base y límite a la Constitución del Estado. Por lo tanto, el desarrollo de los principios de la ciencia penal nace siempre con un fuerte arraigo constitucional, parafraseando a Von Liszt: “*el Derecho Penal es la Carta Magna del delincuente*”, podemos decir que el Derecho Administrativo Sancionador es la Carta Magna del administrado.

⁹² Vid. NIETO GARCÍA, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador* (4º ed.), p.176.

Por lo tanto, considerando que no puede alegarse que la diferenciación entre los ilícitos penales y los ilícitos administrativos sea la preponderancia de la tutela de derechos fundamentales o de mayor impacto colectivo al derecho penal, dejando la sanción de conductas vulneradoras de derechos menores a la competencia del derecho administrativo sancionador.⁹³

En tal sentido, podemos concluir que el debate de cuál es la política legislativa aplicable a cada rama del Derecho *no admite solución única y matemática, debiendo entenderse que permanece empírica y dogmáticamente abierta.*⁹⁴

Por lo que creemos que sólo una combinación de criterios y valoraciones de oportunidad y proporcionalidad, respecto a la gravedad de la conducta, debe conducir al legislador para sancionar con el derecho penal o el administrativo sancionador. Asimismo, sostenemos que al ser una pena más gravosa para los derechos del ciudadano que delinquir debe tomarse como referente el carácter de *ultima ratio* y la subsidiariedad⁹⁵ del Derecho Penal.

4.5. SOBRE EL PRINCIPIO DEL *ne bis in idem* AL CONCURRIR PENA Y SANCIÓN ADMINISTRATIVA.

⁹³ El Derecho Administrativo Sancionador también tutela derechos centrales como es la vida y la salud, al regular el tráfico automovilístico, el tabaco, el sector de alimentación. Y aún más, como veremos en la presente investigación, tutela la Administración Pública contra la corrupción de funcionarios públicos, incluso de una forma más inmediata y descentralizada que el Derecho Penal a través del Sistema Nacional de Control.

⁹⁴ *Ibíd.*, p.122.

⁹⁵ El principio de subsidiariedad implica que el Estado debe agotar los medios menos lesivos que el Derecho Penal, entiéndase Derecho Civil, Derecho Administrativo, antes de acudir a éste que sólo deberá intervenir cuando aquellos se hayan mostrado ineficaces.

El principio del *ne bis in ídem* se trata de la prohibición de la punición múltiple desde el punto de vista material. Siendo que por un mismo hecho, en este caso, se imponga al infractor sanciones de tipo penal y otras de tipo administrativas.

Es decir, si el comportamiento concretamente realizado, tiene simultáneamente una relevancia penal y administrativa en términos de infracción legal, entonces tanto una regulación como la otra reclamarán imponer a su autor la sanción legalmente prevista, por lo que este será pasible de consecuencias jurídicas sancionatorias por el mismo hecho.⁹⁶

a) PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES EN EL DERECHO PERUANO

Si bien es cierto en el art. III del Título Preliminar del Código Procesal Penal se establece que la pena debe desplazar a la sanción administrativa en su ejecución, y en el mismo sentido la Ley de Procedimiento Administrativo General, dispone en su art. 239, inc.10., que no se podrá imponer de manera sucesiva o simultánea una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho, cuando se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento.

El Tribunal Constitucional, por el contrario, diferencia entre la concurrencia de sanciones en los casos antes descritos y en los que la sanción administrativa concurrente tiene su origen en la infracción de una relación de sujeción especial, entonces no habrá problema alguno para aplicarla sucesiva

⁹⁶ GARCÍA CAVERO, Percy, en el compendio *DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR*, Instituto Pacífico, 1ra edición- septiembre 2017, p.284.

o conjuntamente con la pena.⁹⁷ El sustento de esta acumulación de sanciones sería que, en estos supuestos, no se presenta una identidad de fundamento.⁹⁸

En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia nacional en el R. N n.º 2659-2011-Arequipa, en sus considerando décimo primero y décimo segundo, en los siguientes términos:

“que, es de precisar, que el fundamento de la doble sanción estriba, en que el infractor como ciudadano le corresponde una sanción de carácter penal como consecuencia de una conducta punible desarrollada, pero, por otro lado, como persona sometida a la relación de confianza que en él se había depositado se acepta la imposición de la sanción administrativa, por lo que son perfectamente compatibles ambas sanciones – no se excluyen-. Por lo demás, es de puntualizar que cuando se adelanta un proceso disciplinario y uno penal contra una misma persona por unos mismos hechos, no se puede afirmar prima facie válidamente que exista identidad de objeto ni identidad de causa, en tanto la finalidad de cada uno de tales procesos es distinta, al igual que el interés público que protege. (...) en la doctrina española se ha establecido al respecto que para que sea jurídicamente admisible la sanción disciplinaria impuesta en razón de una conducta que ya fue objeto de condena penal es

⁹⁷ Ibídem, p. 286.

⁹⁸ En el mismo sentido la sentencia vinculante de la Corte Suprema R.N. 2090-2005, del 7 de junio del 2006.

indispensable, además que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esta protección. El interés de la Administración en su conjunto es el de servir con objetividad los intereses generales; el de cada uno de los órganos que la integran, en particular el de asegurar el funcionamiento eficaz del servidor público que les está encomendado, de donde fácilmente se infiere que la conducta de los funcionarios como simples ciudadanos, al margen de su función propia no entra dentro del círculo de interés legítimo de la Administración y no puede ser objeto de la disciplina de esta, salvo claro esta y la salvedad es decisiva, que esa conducta redunde en perjuicio del servicio dada la naturaleza de este [LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. El principio non bis in ídem. Editorial Dykinsin, Madrid, 2004]”

Por lo tanto, tal y como desarrollamos en los puntos anteriores la diferencia entre el ilícito penal y el administrativo sancionador, se entiende que ambos sistemas tienen una fundamentación diferente.

4.6. SOBRE EL PRINCIPIO DEL *ne bis in ídem* AL CONCURRIR SANCIONES ADMINISTRATIVAS DE CARÁCTER SANCIONADOR Y DISCIPLINARIO

La diferencia entre el derecho administrativo sancionador y el derecho administrativo disciplinario, radica en que la primera disciplina jurídica regula las relaciones en donde el administrado se encuentra fuera de la Administración Pública, sin estar sometido a una relación de “*sujeción especial de poder*”, sino a los deberes

generales que cada ciudadano tiene frente a la sociedad misma, mientras que la segunda rama jurídica regula relaciones en las cuales el funcionario o servidor público está dentro de la Administración Pública, por lo que, además de los deberes generales que tiene como ciudadano, está sometido a una “*relación de sujeción especial de poder*”.⁹⁹

Por lo tanto, vemos que el Derecho Disciplinario no es una expresión del *Ius Puniendi* Estatal, sino por el contrario, nace de la situación de relación laboral entre el Estado y el servidor público, utilizando la potestad disciplinaria que tiene como **empleador**. Por lo tanto, podemos afirmar que no existe quebrantamiento del principio del *ne bis in ídem* al concurrir sanciones tanto con el procedimiento administrativo sancionador como con las sanciones penales.

Consideramos oportuno citar el Acuerdo Plenario n.º 01-2007/ESV-22, fundamento 04º, por pronunciarse en la misma línea:

“Que, el procedimiento administrativo sancionador busca garantizar solo el funcionamiento correcto de la Administración Pública. Las sanciones disciplinarias tienen, en general, la finalidad de garantizar el respeto de las reglas de conductas colectivas y, como tal, supone una relación jurídica específica y concierne solo a las personas implicadas en dicha relación y no a todas sin distinción como acontece en general con las normas jurídicas penales.”

Una vez analizados estos puntos fundamentales, creemos pertinentes adentrarnos más en la conceptualización de nuestra realidad

⁹⁹ Ibídem, p. 281.

problemática, aterrizando los conceptos jurídicos previamente esbozados en el campo de nuestra investigación académica. Como se pudo observar en el anteproyecto de tesis, el objetivo de nuestra investigación se centra en el análisis integral de los métodos de control estatal contra la corrupción de funcionarios en nuestro país, partiendo desde una óptica continental del *ius puniendi*, analizando ambas ramas el Derecho Penal como del Derecho Administrativo Sancionador, siendo que este último está estructurado en nuestro país a través del Sistema Nacional de Control.

Asimismo, consideramos debe tenerse en cuenta del Acuerdo Plenario n.º 01-2013-CG/TSRA, mediante el cual se desarrolla el poder disciplinario del Estado empleador y la potestad sancionadora de la CGR, siendo que la finalidad de la sanción en el marco de la Contraloría es castigar los hechos que configuren responsabilidad administrativa funcional, por la comisión, de las conductas tipificadas como infracciones en la Ley n.º 27785, modificado por la Ley n.º 29622 y su Reglamento.

Sin embargo, el proceso administrativo por responsabilidad disciplinaria tiene por fin castigar el incumplimiento de funciones que respecto de una determinada actividad constituye falta en la prestación del servicio a favor del empleador.

CAPÍTULO V

EL SISTEMA NACIONAL DE CONTROL

El Sistema Nacional de Control constituye también un sistema administrativo, al mando de la Contraloría General de la República, conforme al artículo 82° de la Constitución. Por lo tanto, entendemos que su labor es transversal a toda la Administración Pública, siendo necesario para un funcionamiento eficiente de las entidades, que no se limita a la legalidad de las actuaciones administrativas.¹⁰⁰

También se entiende que es el conjunto de órganos de control, normas y procedimientos estructurados e integrados funcionalmente, destinados a conducir y desarrollar el ejercicio del control gubernamental en forma descentralizada.

Su actuación comprende las actividades y acciones en los campos administrativos, presupuestal, operativo y financiero de las entidades y alcanzan al personal que presta servicio en ellas, independientemente del régimen que las regula.

El **Sistema Nacional de Control** está conformado por los siguientes órganos de control:

- La Contraloría General, como ente técnico rector.
- Todos los Órganos de Control Institucional de las entidades que se mencionan en el artículo 3 de la Ley del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría de la República, sean éstas de carácter sectorial, regional, institucional o se regulen por cualquier otro ordenamiento organizacional.

¹⁰⁰ Sobre el particular RETAMOZO LINARES, Alberto. Procedimiento administrativo sancionador por *Responsabilidad administrativa disciplinaria y funcional*. Gaceta jurídica, Lima 2015, p. 189 y ss.

- Las sociedades de auditoría externa independientes, cuando son designadas por la Contraloría General y contratadas, durante un periodo determinado, para realizar en las entidades servicios de auditoría económica, financiera, de sistemas informáticos, de medio ambiente y otros.

5.1. EL CONTROL GUBERNAMENTAL:

Es la supervisión, vigilancia y verificación de los actos y resultados de la gestión pública, en atención al grado de eficiencia, eficacia, transparencia y economía en el uso y destino de los recursos y bienes del Estado, así como del cumplimiento de las normas legales y de los lineamientos de política y planes de acción.

Es un proceso integral y permanente, que tiene como finalidad contribuir a la mejora continua en la gestión de las entidades, así como en el uso de los bienes y recursos del Estado.¹⁰¹

Sin embargo, creemos de suma importancia resaltar el aún incipiente desarrollo de los Órganos de Control Institucional a nivel nacional en la actualidad. Creemos que existe una gran brecha estructural entre las irregularidades que se descubren y sancionan y las que aún no, puesto que no se tiene la capacidad técnica para hacerlo y, por lo tanto, tales actos de corrupción quedan impunes originando un enorme perjuicio al Estado y a los intereses de la ciudadanía.

¹⁰¹ Asimismo, es preciso señalar lo que se ha establecido, en este sentido, en los *"Lineamientos de política para el planeamiento del control gubernamental a cargo del Sistema Nacional de Control: periodo 2019-2021"*, aprobado mediante la Resolución de Contraloría n.º 546-2018-CG: *"Los lineamientos de política orientan el planeamiento y la gestión de los servicios de control previo, simultáneo, posterior y servicios relacionados a cargo de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control. Su propósito es lograr que el control se dirija al examen de los procesos, operaciones, proyectos o actos del sector público expuestos a un mayor riesgo, así como a los servicios públicos de mayor significación económica e impacto social, **de modo que se promueva la eficiencia y eficacia en la gestión de las Entidades sujetas a control y se genere un mayor valor público en beneficio de la población.**"*

Tal afirmación tiene como base lo descrito en el punto 2.4. de los *"Lineamientos de política para el planeamiento del control gubernamental a cargo del Sistema Nacional de Control: periodo 2019-2021"*, aprobado mediante la Resolución de Contraloría n.º 546-2018-CG, quien se pronuncia en el siguiente sentido:

"2.4. Ampliación de la cobertura del control en los Gobiernos

Locales:

Conforme al modelo de control descentralizado, las Gerencias Regionales de Control y los Órganos de Control Institucional creados en todas las Municipalidades Provinciales han visto reforzados sus cuadros profesionales para el ejercicio del control en las entidades bajo su ámbito de control, particularmente en las Municipalidades Distritales donde la presencia de los OCI cubre sólo el 14% y se constata que alrededor del 68% de ellas no fueron objeto de control posterior entre los años 2011 y 2016, y el 60% no recibieron servicios de control simultáneo en dicho periodo.

La estrategia de control en las Municipalidades Distritales procura que, en un periodo de tres años, la cobertura del Sistema Nacional de Control se haya elevado a un 100% de las municipalidades en alguna de las modalidades de control."

En tal sentido, reiteramos la importancia del estudio académico de este nuevo sistema de control estatal, cuyo desarrollo aún es incipiente en nuestro país, pero que ostenta un gran potencial para la lucha contra la corrupción en la administración pública.

5.2. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR POR RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA FUNCIONAL A CARGO DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Tenemos como base legal a este tipo de procedimiento administrativo sancionador, único en sus características y alcances, a la Resolución de Contraloría n.º 100-2018-CG: *Reglamento de infracciones y sanciones para la determinación de la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control*, publicada en el diario oficial El Peruano el día 5 de abril del 2018.

El citado reglamento establece las disposiciones para el procesamiento y sanción de la responsabilidad administrativa funcional¹⁰², así como la conformación, atribuciones y funcionamiento de los órganos a cargo del procedimiento administrativo sancionador, en concordancia con la Ley n.º 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.¹⁰³

Sin embargo, consideramos pertinente detenernos a analizar la reciente publicación de la Sentencia del Tribunal Constitucional, exp. n.º 0020-2015-PI/TC, que se pronuncia sobre la demanda de inconstitucionalidad planteada por el Colegio de Abogados de Arequipa, respecto a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control, modificada mediante Ley

¹⁰² Responsabilidad Administrativa Funcional: “*Es aquella en la que incurren los servidores y funcionarios por haber contravenido el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen, se encuentre vigente o extinguido el vínculo laboral o contractual al momento de su identificación durante el desarrollo de la acción de control. Incurren también en responsabilidad administrativa funcional los servidores y funcionarios públicos que, en el ejercicio de sus funciones, desarrollaron una gestión deficiente, para cuya configuración se requiere la existencia, previa a la asunción de la función pública que corresponda o durante el desempeño de la misma, de mecanismos objetivos o indicadores de medición de eficiencia.*”, Según lo establecido por la definición básica de la 9º disposición final de la Ley n.º 27785.

¹⁰³ Art. 1º de la Resolución de Contraloría n.º 100-2018-CG.

n.º 29622 y la Potestad Sancionadora de la Contraloría General de la República.

5.3. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EXP. N.º 0020-2015-PI/TC:

La citada sentencia declaró la inconstitucionalidad del Reglamento de Infracciones citada, teniendo en cuenta los principios de legalidad, proporcionalidad y el derecho fundamental al acceso a la función pública, puntos que pasaremos a desarrollar:

A) SOBRE LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA QUE INCURRE EL REGLAMENTO DE INFRACCIONES DE LA LEY ÓRGANICA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA:

Es pertinente precisar que el TC declaró fundada en parte dicha demanda de inconstitucionalidad, precisando que la Contraloría General de la República sí ostenta de potestad sancionadora por responsabilidad administrativa funcional, pero que, sin embargo, el reglamento de infracciones con el que tipifica las conductas punibles es:

“extremadamente general y, por tanto, no cumple con los estándares mínimos que impone el sub-principio de tipicidad”.

En tal sentido, la infracción contenida en el primer párrafo del artículo 46º de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República es inconstitucional porque que no respeta el subprincipio de tipicidad o taxatividad que, a su vez forma parte del principio de legalidad reconocido en el artículo 2º, inciso 24, literal d), de la Constitución.

Asimismo, respecto de los párrafos: segundo, tercero, cuarto y quinto de dicho artículo, el Colegiado estimó que estos también son inconstitucionales por conexidad.

En tal sentido, también es pertinente traer a colación el criterio desarrollado por el TC respecto al principio de legalidad en el exp. N.º 2050-2002-AA/TC, noveno fundamento jurídico:

(...) no debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero, garantizado por el ordinal "d" del inciso 24) del artículo 2º de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la Ley. El segundo, en cambio, constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta (...)"

Además, con relación al caso en concreto, debe tomarse en cuenta que el primer párrafo del art. 40º de la Constitución señala lo siguiente:

*“La ley que regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, **deberes y responsabilidades de los servidores públicos** (...)”*

Dicha disposición establece una reserva de ley para que, en principio, sea el legislador quien se encargue de regular el ingreso a la carrera administrativa, así como los deberes y responsabilidades de los servidores públicos. **En consecuencia, si**

bien las normas legales que desarrollan esos temas pueden ser precisadas o complementadas por reglamentos, no es constitucionalmente admisible que éstos desborden dichas normas legales refiriéndose a asuntos que no han sido regulados en ellas con un grado mínimo de claridad o precisión.

El primer párrafo del art. 46° de la LOCGR señala que la CGR podrá sancionar a los funcionarios o servidores públicos que “contravengan el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen”. **Dicho enunciado es extremadamente general y, por tanto, no cumple con los estándares mínimos que impone el subprincipio de tipicidad.**

Vale decir que los siguientes cuatro párrafos del art. 46° de la citada ley, bajo la cual se sanciona a mi cliente, establecen un listado- meramente enunciativo – de casos en los que podría sancionarse a funcionarios o servidores en aplicación de la infracción *tipificada* en el primer párrafo del art. 46°, en la medida que dicha infracción es inconstitucional, los párrafos siguientes también lo son en aplicación el principio de conexidad.

Finalmente, es preciso señalar que el sexto párrafo de la LOCGR intenta subsanar las deficiencias de los párrafos precedentes señalando que el reglamento de la Ley “*describe y especifica estas conductas constitutivas de responsabilidad administrativa funcional*”. Sin embargo, conforme a lo que señalamos previamente, **el sub-principio de tipicidad requiere que las infracciones estén tipificadas de manera concreta y expresa en**

una norma con rango de ley y no por un reglamento de rango inferior.

B) VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA:

Consideramos pertinente agregar que el Tribunal Constitucional señala que el Reglamento de Infracciones no sólo vulnera los principios de legalidad, taxatividad, tipicidad y demás, sino además se vulnera un derecho fundamental reconocido por la Convención Americana de Derechos Humanos, en su art. 23°. Hablamos del derecho fundamental de acceso a la función pública.

En consecuencia, debe tomarse en cuenta que el derecho de acceso a la función pública también está reconocido en el 23.1, literal c, de la Convención Americana de Derechos Humanos de la siguiente manera:

Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades (...)

de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

A su vez, el artículo 23.2 de dicha Convención establece lo siguiente sobre el particular:

La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el artículo anterior, entre los que se encuentra el

derecho de acceso a la función pública
exclusivamente por razones de edad,
nacionalidad, residencia, idioma, instrucción
capacidad civil o mental, o condena, por juez
competente, en proceso penal.

En tal sentido se entiende que el Tribunal Constitucional, dirime que la Contraloría General de la República, no sólo ha vulnerado los derechos constitucionales de los administrados, sino además la legislación supranacional de carácter vinculante para nuestro Estado.

Sin embargo, es pertinente señalar que el máximo intérprete de la Constitución ha retrocedido en la ejecución de su sentencia, por presión política, siendo que

5.4. POTESTAD SANCIONADORA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y EL ÁMBITO DE APLICACIÓN:

Conforme lo dispuesto por el artículo 45° de la Ley Orgánica antes señalada, la Contraloría General ejerce la potestad para sancionar a los empleados públicos que incurran en responsabilidad administrativa funcional, por cuanto determina la responsabilidad administrativa funcional e impone una sanción derivada de los informes de control emitidos por los órganos del Sistema¹⁰⁴.

En concordancia con el artículo 2° del citado Reglamento, la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República *se aplica sobre los servidores y funcionarios públicos a quienes se*

¹⁰⁴ GUZMAN NAPIRÍ, Christian. “Los procedimientos administrativos sancionadores, en las entidades de la Administración Pública”. Gaceta Jurídica, mayo 2016. P. 440.

refiere la definición básica de la 9° disposición final de la Ley n.° 27785¹⁰⁵, con prescindencia del vínculo laboral, contractual, estatutario, administrativo o civil del infractor, o incluso con prescindencia de la vigencia o no de dicho vínculo.

Pero, además, se establece que la responsabilidad administrativa funcional debe derivarse de los informes de control emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control, que además impliquen el incumplimiento del ordenamiento jurídico administrativo, las normas internas de las entidades, así como de todas aquellas obligaciones derivadas del ejercicio del cargo, conforme a lo dispuesto en el referido Reglamento.¹⁰⁶

Asimismo, es pertinente señalar que la potestad sancionadora que ejerce la Contraloría General de la República no es absoluta, estando **exceptuados:**

- Los organismos constitucionalmente autónomos y
- Las autoridades que cuenten con la prerrogativa del antejuicio político señaladas expresamente en el artículo 99° de la Constitución Política del Perú.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Que a la letra dice: “*Servidor o Funcionario Público: Es para los efectos de esta Ley, todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentra, mantiene vínculo laboral, contractual o relación de cualquier naturaleza con alguna de las entidades, y que en virtud de ello ejerce funciones en tales entidades.*”

¹⁰⁶ Ibídem, p. 440.

¹⁰⁷ Artículo 99°: Corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso:

- Presidente de la República;
- Los representantes a Congreso;
- Los Ministros de Estado;
- Los miembros del Tribunal Constitucional;
- Los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura;
- Los vocales de la Corte Suprema;
- Los fiscales supremos;

a) PRINCIPIOS POR LOS QUE SE RIGE EL PRESENTE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Vale decir que la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República se sujeta a los principios contenidos en el artículo 246° del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley n.º 27444, por establecerlo así el artículo 4° del Reglamento al que hacemos mención en este capítulo de la investigación.

Por lo tanto, entre los principales principios que rigen el presente procedimiento tenemos:

1. **Legalidad:** *La potestad sancionadora comprende el ejercicio de las facultades establecidas para determinar las infracciones graves o muy graves por responsabilidad administrativa funcional derivadas de los Informes, respecto de los hechos y personas comprendidos en las observaciones remitidas al procedimiento sancionador, así como, la facultad para la imposición de las sanciones establecidas en la Ley y especificadas en el presente Reglamento.*
2. **Tipicidad:** *En el ámbito de la potestad sancionadora, solo las conductas previstas en la Ley y descritas y especificadas en el presente Reglamento, constituyen infracciones graves y muy graves. Asimismo, solo pueden ser aplicadas las sanciones por responsabilidad administrativa funcional*

-
- Defensor del Pueblo y
 - Contralor General.

Por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas.

establecidas en dichas normas. En aplicación del principio de tipicidad, en el procedimiento sancionador se requiere la adecuación entre el hecho imputado o comprobado y la infracción descrita en la Ley y especificada en el presente Reglamento, no admitiéndose interpretaciones extensivas o aplicaciones por analogía en contra del administrado.

- 3. Debido procedimiento:** *El administrado goza de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento, que comprende, entre otros, la comunicación previa y suficiente de los cargos, así como, el derecho de defensa, de ofrecer y producir pruebas, de acceso permanente al expediente del procedimiento en el que participa como administrado y de obtener una decisión motivada, fundada en derecho y ajustada a los hechos. Asimismo, la estructura y componentes del procedimiento sancionador aseguran que el administrado sea debidamente notificado conforme al presente Reglamento, salvo aquellos actos o actuaciones de mero trámite. No se pueden imponer sanciones sin que previamente se haya seguido el procedimiento sancionador.*
- 4. Razonabilidad:** *Las decisiones de los órganos que conducen el procedimiento sancionador mantienen la debida proporción entre el interés público que deba cautelarse y los medios a emplear, asegurando que estos últimos respondan a criterios de necesidad y proporcionalidad. Cuando las decisiones comprendan la imposición de sanciones, los órganos del procedimiento sancionador deben asegurarse que la comisión de la infracción no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas o asumir la sanción. Además, verifican que la sanción sea la necesaria en relación al grado de*

perturbación generada en el ejercicio de la función o servicio público y cautelan la proporción entre la sanción impuesta y la gravedad del hecho cometido. Para la graduación de la sanción se debe evaluar:

- a) La gravedad de la infracción cometida, considerando el daño al interés público o al bien jurídico protegido.*
- b) La existencia de intencionalidad en la comisión de la infracción.*
- c) El perjuicio causado o efecto dañino producido por la infracción.*
- d) El beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción.*
- e) La reiteración o reincidencia en la comisión de la infracción.*
- f) Las circunstancias de la comisión de la infracción.*
- g) La concurrencia de infracciones.*
- h) El grado de participación en el hecho imputado.*

5. Culpabilidad: *La responsabilidad administrativa funcional en el ámbito de la potestad sancionadora, recae en el funcionario o servidor público que, debiendo y pudiendo actuar de manera diferente, realizó la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción grave o muy grave. No se puede determinar responsabilidad o imponer sanciones por acciones u omisiones que no sean directamente atribuibles a la persona. Para la determinación de responsabilidad se requiere de la existencia de dolo o culpa. Se exceptúan los casos en que, conforme a lo señalado en el TUO de la LPAG, corresponda atribuir responsabilidad objetiva, de acuerdo al presente Reglamento.*

6. **Verdad material:** *Los órganos que participan en el procedimiento sancionador verifican razonablemente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual, adicionalmente al Informe y cuando sea necesario, adoptan las medidas pertinentes, aun cuando no hubieran sido propuestas por el administrado. Los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, formalizados en documentos públicos que cumplan con los requisitos legales, tienen valor probatorio para el procedimiento sancionador, sin perjuicio de las pruebas que, en defensa de sus derechos o intereses, pueda señalar o aportar el administrado.*
7. **Congruencia:** *Las decisiones de los órganos deben guardar correlación con los hechos imputados y su calificación como infracciones graves o muy graves. En el curso de la fase instructiva del procedimiento sancionador se puede modificar la calificación de los hechos imputados, siempre que se otorgue al administrado la oportunidad de ejercer su derecho de defensa.*
8. **Celeridad:** *En el procedimiento sancionador se evitan actuaciones que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, en procura de proveer la máxima dinámica al mismo, ponderando los criterios de economía procesal, eficiencia y eficacia, para alcanzar una decisión en los plazos previstos, haciendo uso razonable de los recursos, respetando en todo momento el debido procedimiento.*
9. **Conducta procedimental:** *Los órganos que conducen el procedimiento sancionador, el administrado, los abogados y*

todos aquellos que participan en aquel, deben actuar conforme a los principios de buena fe procesal, respeto mutuo y colaboración para el logro de las finalidades del procedimiento. Ninguna disposición del procedimiento sancionador puede interpretarse de manera que ampare conductas que lesionen la buena fe procesal o constituyan ejercicio abusivo de un derecho, cualquiera que sea éste. Las autoridades a cargo del procedimiento sancionador toman en cuenta la conducta procedimental seguida por el administrado, sus representantes o sus abogados, a fin de disponer las medidas que resulten aplicables para reprimir la vulneración de este principio, en particular cuando:

- a) Se interpone un recurso de apelación o se promueve algún procedimiento de competencia de la Contraloría, carente de fundamento jurídico evidente o contraviniendo los precedentes de observancia obligatoria establecidos por el Tribunal Superior.*
- b) Se emplean indebidamente los mecanismos regulados en el procedimiento sancionador con la intención de dilatar su desarrollo o resolución final, así como obstaculizar la ejecución de las medidas impuestas.*
- c) Se presenta ante cualquier órgano a cargo del procedimiento sancionador, información falsa, inexacta o que haya sido obtenida ilícitamente, sin menoscabo de las acciones legales que correspondan.*

10. Igualdad: *Los órganos del procedimiento sancionador actúan sin ninguna clase de discriminación o preferencia entre los administrados, otorgándoles tratamiento igualitario, actuando en función del ordenamiento jurídico y*

el interés general. La proscripción de la discriminación no descarta un tratamiento diferenciado o excepcional, por razones objetivas.

11. Imparcialidad: *Los órganos del procedimiento sancionador no tienen ningún tipo de compromiso o prejuicio hacia la materia o administrados comprendidos en dicho procedimiento. En caso contrario, se abstienen conforme a las causales establecidas legalmente. Asimismo, la estructura del procedimiento ofrece las suficientes garantías a los administrados para desterrar cualquier duda razonable sobre la actuación de los órganos del procedimiento sancionador.*

12. Impulso de oficio: *El procedimiento sancionador es iniciado, dirigido e impulsado de oficio, debiéndose ordenar la realización o la práctica de las actuaciones que razonablemente sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados o para el oportuno trámite del procedimiento sancionador.*

13. Intimación: *La comunicación de los cargos imputados al administrado debe ser oportuna, expresa, clara, integral y suficiente, para permitir que ejerza plenamente su derecho de defensa, y pueda alegar y probar su versión de los hechos.*

14. Irretroactividad: *En el procedimiento sancionador se aplican las infracciones y sanciones vigentes al momento de la comisión del hecho o su culminación, salvo la retroactividad benigna. La retroactividad benigna procede cuando la aplicación de las nuevas infracciones y sanciones sea más favorable a la persona que incurrió en un hecho*

considerado como infracción o que se encuentre cumpliendo una sanción.

- 15. Non bis in ídem:** *No se puede imponer, sucesiva o simultáneamente, dos o más sanciones administrativas, cuando se aprecie identidad de persona, hecho y fundamento. Tampoco es posible procesar dos veces a la misma persona, por un mismo hecho y por el mismo fundamento.*

El procesamiento y la sanción de la responsabilidad administrativa funcional son independientes de los procesos y sanciones por responsabilidad penal, civil o responsabilidad de cualquier otra naturaleza, que pudiera establecerse por los mismos hechos y respecto a la misma persona, siempre que los bienes jurídicos o intereses protegidos sean diferentes.

- 16. Presunción de licitud:** *En el procedimiento sancionador se presume que el administrado ha actuado conforme a sus atribuciones, obligaciones, competencias y otros elementos relacionados al desempeño de la función, salvo prueba en contrario. Por tanto, en el procedimiento sancionador:*

- a) El pronunciamiento sobre la existencia de infracción por responsabilidad administrativa funcional y la imposición de sanciones requieren el aporte de prueba de cargo suficiente.*
- b) La prueba debe obtenerse con respeto a los derechos fundamentales del administrado y ser actuada conforme a las garantías aplicables en el*

procedimiento sancionador, que comprenden, entre otros, el derecho de contradicción en la oportunidad prevista.

c) La carga de la prueba recae en los órganos encargados del procedimiento sancionador, comprendiendo, entre otros, la prueba del hecho que configura la infracción, del perjuicio ocasionado y de la culpabilidad del administrado.

d) Las pruebas son apreciadas en su conjunto, conforme al criterio de libre valoración y sana crítica.

17. Prohibición de reformatio in peius: *En caso el administrado sancionado apele la sanción impuesta, la resolución de la apelación no puede imponerle sanciones más graves.*

18. Transparencia: *El administrado tiene acceso a las actuaciones, documentos e información generada o recopilada en el procedimiento sancionador, puede obtener copias en cualquier formato y tiene el derecho a solicitar y acceder a la lectura del expediente en cualquier etapa del procedimiento sancionador, conforme a lo señalado en el presente Reglamento y disposiciones legales de la materia.*



TERCERA PARTE

PROPUESTAS

CAPÍTULO VI

PROPUESTAS ALTERNATIVAS CONTRA LA CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

Si bien es cierto, actualmente la Contraloría General de la República, como ente rector del Sistema Nacional de Control, ha recibido el espaldarazo del Tribunal Constitucional, respecto a la declaración de constitucionalidad de su potestad sancionadora.¹⁰⁸ **Consideramos que nuestro país debe pasar de un Estado reactivo a uno proactivo.**

Nuestra investigación y la realidad social actual nos develan instituciones públicas que parecen perecer bajo el aire rancio y tóxico de la corrupción, y las estadísticas no son alentadoras si sólo nos dedicamos a perseguir y sancionar, cuando podemos invertir en políticas de prevención, en **evitar que pase.**

Incluso, aquellos *mastines de la justicia* que deberían velar por el cumplimiento de la Ley se han visto incluidos en actos de corrupción, el caso emblemático de los *CNM audios* nos han revelado un secreto a voces, que no podemos confiar en el Poder Judicial mientras adolezca de gran influencia política y de los grupos de poder fáctico.

Y aún más, no sólo hablamos de los tristemente célebres “*hermanitos*” del Poder Judicial y Vocales del Colegio Nacional de la Magistratura, sino, incluso del ex – Fiscal de la Nación. Como podemos ver todo el sistema de justicia está copado, y aún más en sus altas esferas, de funcionarios cuya integridad es seriamente cuestionada, por lo tanto, nada garantiza que sus decisiones serán imparciales cuando los procesos administrativos sancionadores se judicialicen.

Lo que queremos decir es que, si el Estado sólo se enfoca en sancionar logrará resultados efímeros, el control posterior presupone la funcionalidad de todo el

¹⁰⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N.º 00020-2015-PI/TC.

aparato estatal, recordemos que todo proceso administrativo sancionador desemboca en el Poder Judicial, ya sea por un proceso contencioso administrativo o acción de amparo. **Lo que proponemos, como primer punto, es implementar, desarrollar y perfeccionar el control simultáneo.**

Asimismo, tras un extenso análisis de los diversos métodos de control estatal contra la corrupción en nuestro país, hemos señalado los aciertos y deficiencias de nuestro *ius puniendi*, tanto en su rama penal como en la administrativa sancionadora.

En tal sentido, creemos importante esbozar lo que consideramos unas propuestas de solución factibles de aplicar en nuestra sociedad para mitigar los efectos perniciosos de esta clase especial de delitos.

Como la corrupción no es un problema exclusivo del Perú moderno, aunque algunos analistas superfluos lancen esas afirmaciones poco alentadoras, debemos dirigir nuestro foco de atención hacia las democracias más consolidadas para comprender cuál es el camino que nuestro sistema legislativo debe seguir, en caso sea aplicable a nuestra realidad social a través del Derecho Comparado.

Así tenemos, por ejemplo, en la legislación de Estados Unidos se ha estructurado un sistema de protección y recompensa a los ciudadanos denunciantes de hechos de corrupción. Lo que se denomina como *Whistleblower Protection Enhancement Act*. Sistema que forma la segunda parte de nuestras propuestas en el marco de la presente investigación.

6. SERVICIO DE CONTROL SIMULTÁNEO

*“El nuevo eje fundamental de la Contraloría General de la República es invertir en políticas de prevención, sólo sancionar es ineficaz o con efectos efímeros, **debemos inmunizar al Estado.**”¹⁰⁹*

Es aquel que se realiza a actos, hechos o actividades de un proceso en curso, correspondiente a la gestión de la entidad sujeta a control gubernamental, con el objeto de alertar oportunamente sobre la existencia de hechos que ponen en riesgo el resultado o logro de sus objetivos, a fin que la entidad defina las acciones que correspondan para el tratamiento de estos.¹¹⁰

Es pertinente indicar las características esenciales de este proceso, siendo que:

- ✓ No conlleva a la injerencia en los procesos de dirección y gerencia a cargo de la administración de la entidad.
- ✓ No supone la conformidad de los actos de la gestión,
- ✓ No limita el ejercicio del control posterior por parte del SNC.

¹⁰⁹ Actual Contralor General de la República, Nelson Shack Yalta, en la Conferencia Anual Internacional por la Integridad: *Prevención de la corrupción, de un Estado reactivo a un Estado proactivo*, Lima 2018. Evento académico a la que el tesista asistió tras ser seleccionado, previa postulación.

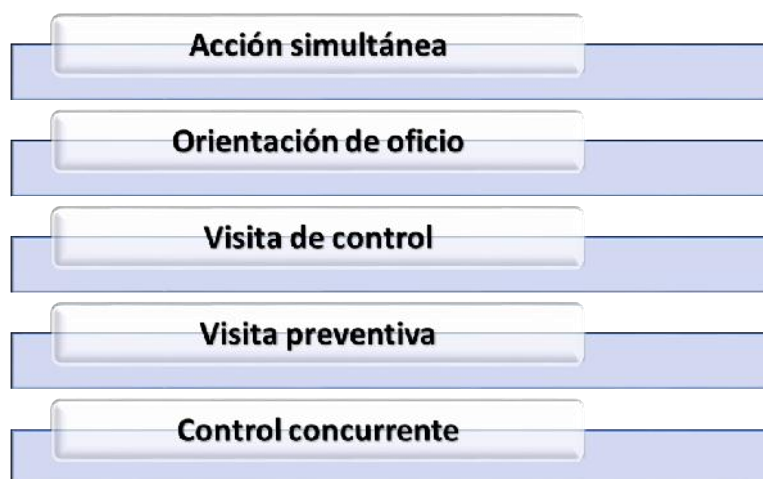
¹¹⁰ Así lo establece la Directiva N° 027-2016-CG/DPROCAL, Control Simultáneo aprobado mediante Resolución de Contraloría N° 432-2016-CG de 3 de octubre de 2016.

6.1. MODALIDADES DEL SERVICIO DE CONTROL SIMULTÁNEO¹¹¹

“El control posterior es eficiente, pero presupone la funcionalidad de todo el aparato estatal nos referimos, sobre todo, al Poder Judicial que es donde van a parar la mayoría de procesos administrativo sancionadores.

La prevención evita que pase.”¹¹²

Así tenemos que se desprende en los siguientes procedimientos:



El control concurrente consiste en evaluar por hitos de control, una o más tareas o actividades de un proceso en curso seleccionado de la entidad sujeta a control. Teniendo como objetivo alertar oportunamente al Titular de la entidad y a las instancias competentes sobre la existencia de situaciones adversas que afectan o podrían afectar el resultado o logro de los objetivos del proceso en curso materia de control.

¹¹¹ En concordancia con la **Directiva N° 017-2016-CG/DPROCAL** “Control Simultáneo”, aprobada con Resolución de Contraloría N° 432-2016-CG, **modificada por Resolución de Contraloría N° 066-2018-CG de 27 febrero 2018.**

Directiva N° 005-2017-CG/DPROCAL “Control Concurrente para la Reconstrucción con Cambios” aprobada por Resolución de Contraloría N° 405-2017-CG de 3 de noviembre de 2017.

¹¹² Ibídem, Nelson Shack Yalta, en la Conferencia Anual Internacional por la Integridad: *Prevención de la corrupción, de un Estado reactivo a un Estado proactivo*, Lima 2018.

Asimismo, tiene como finalidad que se adopten las acciones correctivas que correspondan para corregir las situaciones adversas identificadas como resultado del control concurrente.

Finalmente, es preciso señalar, en concordancia con la “Directiva N.º 005-2017-CG/DPROCAL- Control Concurrente Para la Reconstrucción con Cambios”, que los Servicios de Control Simultáneo: Son aquellos que se realizan a actos, hechos o actividades de un proceso en curso, correspondiente a la gestión de la entidad sujeta a control gubernamental, con el objeto de alertar oportunamente al Titular de la entidad sobre la existencia de hechos que ponen en riesgo el resultado o el logro de sus objetivos, a fin de que la entidad defina las acciones que correspondan para el tratamiento de estos.

El ejercicio del control simultáneo se realiza a través de las modalidades siguientes:

- **Orientación de Oficio:** *Es una modalidad del servicio de control simultáneo que ejerce la Contraloría o el OCI, cuando toma conocimiento de la presencia de situaciones que pueden conllevar a la entidad a incurrir en errores, omisiones o incumplimientos en el desarrollo de una o más actividades de un proceso en curso, de los cuales se puede tomar conocimiento a través de la misma entidad u otras fuentes. Su desarrollo no se encuentra sujeto a plazos.*
- **Visita de Control:** *Es una modalidad del servicio de control simultáneo que consiste en presenciar actos o hechos relacionados a la recepción por parte de la entidad de bienes y prestación de servicios en general, o los que ejecuta la entidad*

en los que por disposición legal requiera la presencia de los órganos del Sistema o los referidos al estado y mantenimiento de infraestructura pública, con el propósito de constatar que estos se realicen conforme a la normativa aplicable, disposiciones internas y estipulaciones contractuales.

- **Control Concurrente para la Reconstrucción con Cambios:**

Es aquella evaluación que se realiza a una o más tareas o actividades de un proceso en curso seleccionado, con el objeto de alertar oportunamente al Titular de la entidad y a las instancias competentes sobre la existencia de situaciones adversas que afectan o podrían afectar el resultado o el logro de los objetivos del proceso en curso materia de control, a fin que se adopten las acciones correctivas que correspondan.

a) ¿A QUÉ PROCESOS EN CURSO DE LA ENTIDAD SE PUEDE APLICAR?

- ✓ **Proceso de contratación** de bienes, servicios, obras y consultorías en el marco de la Ley N° 30556.
- ✓ **Procesos de ejecución de un proceso de selección**
- ✓ **Estado y mantenimiento de la infraestructura pública.**
- ✓ **Procesos, contratos y ejecución de concesiones.**
- ✓ **Prestación de servicios públicos y servicios al ciudadano.**
- ✓ **Todo acto que ejecuta la entidad** en los que por disposición legal requiera la presencia de los órganos del Sistema.
- ✓ **Cualquier tipo de intervención, operación, transacción, proyecto, programa u otro en que se utilicen o gestionen recursos públicos.**

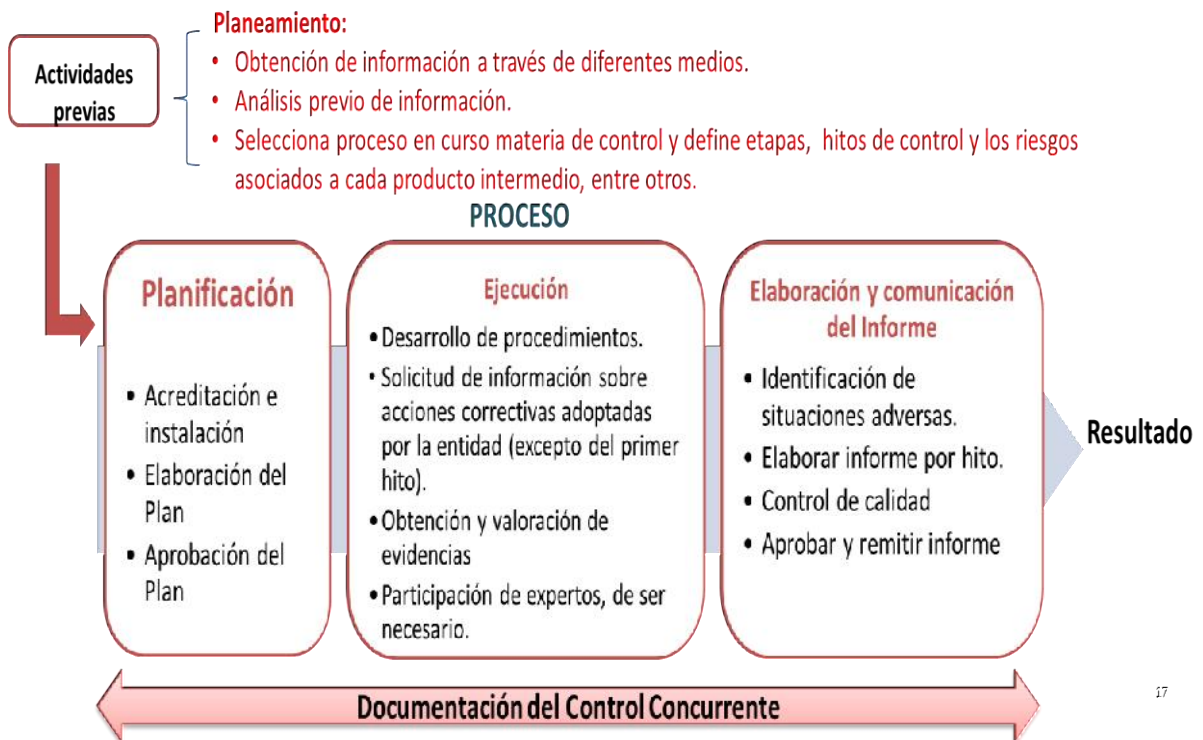
b) RESPONSABILIDADES DEL TITULAR DE LA ENTIDAD¹¹³

Durante el desarrollo del control simultáneo, el Titular de la entidad es responsable de:

- ✓ Disponer la entrega de la documentación e información en la forma y plazos requeridos.
- ✓ Asignar los recursos logísticos solicitados.
- ✓ Autorizar el acceso a los lugares o ambientes de la entidad.
- ✓ Adoptar o disponer, a partir de los riesgos comunicados, las acciones que corresponda para su tratamiento.
- ✓ Comunicar al OCI las acciones adoptadas para el tratamiento de los riesgos.

¹¹³ En concordancia con el punto 6.4 de la Directiva n.º 017-2016-CG/DPROCAL - Control Simultáneo.

6.2. PROCESO DE CONTROL CONCURRENTE:



17

I. ACTIVIDADES PREVIAS AL CONTROL CONCURRENTE (PLANIFICACIÓN):

- Obtener información disponible de aplicativos informáticos o base de datos, respecto a la entidad y al proceso en curso.
- Análisis previo de la información para no afectar la celeridad de los procesos en curso.
- Para fines del control concurrente, la Contraloría define las etapas del proceso, los hitos de control y los riesgos asociados a cada producto intermedio, entre otros.

a) DETERMINACIÓN DE LOS HITOS DE CONTROL

Al establecer un hito de control se debe considerar la identificación de aquellos riesgos que:

- Podrían afectar de manera sustancial al objetivo del proceso en curso materia de control
- Producto del análisis y valoración, se presentan con alta probabilidad de ocurrencia e impacto.
- Podrían afectar de forma inmediata a la actividad evaluada y a su producto intermedio.

b) ESCENARIOS DE LA OPORTUNIDAD DE EVALUACIÓN DE LOS HITOS DE CONTROL

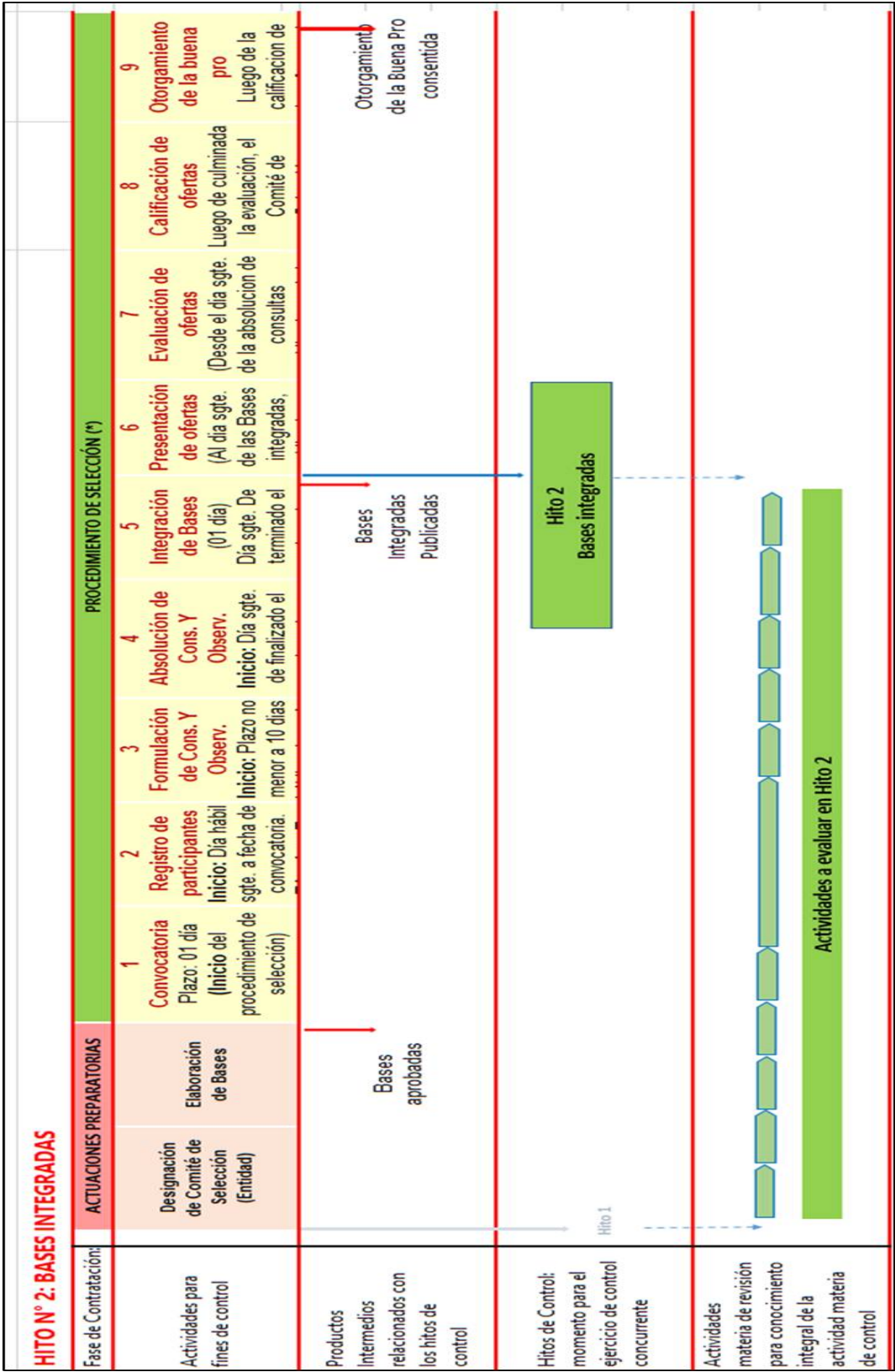
El órgano a cargo del control concurrente sobre la base de los riesgos identificados de los principales productos intermedios (hitos de control); determina la oportunidad de la evaluación mediante el control concurrente, pudiendo ser:

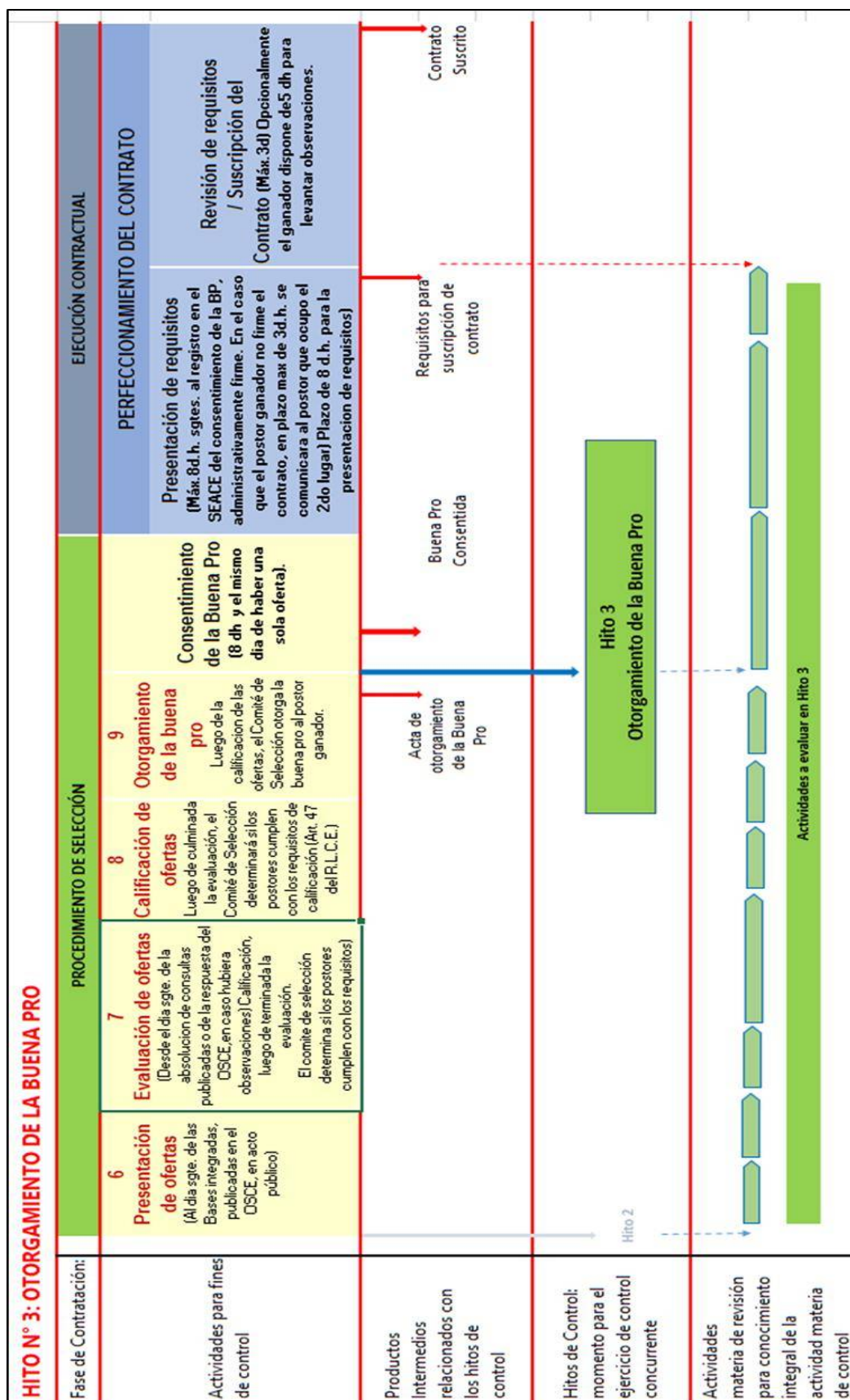
- a) Antes de la emisión del producto intermedio.
- b) Después de la emisión del producto intermedio.

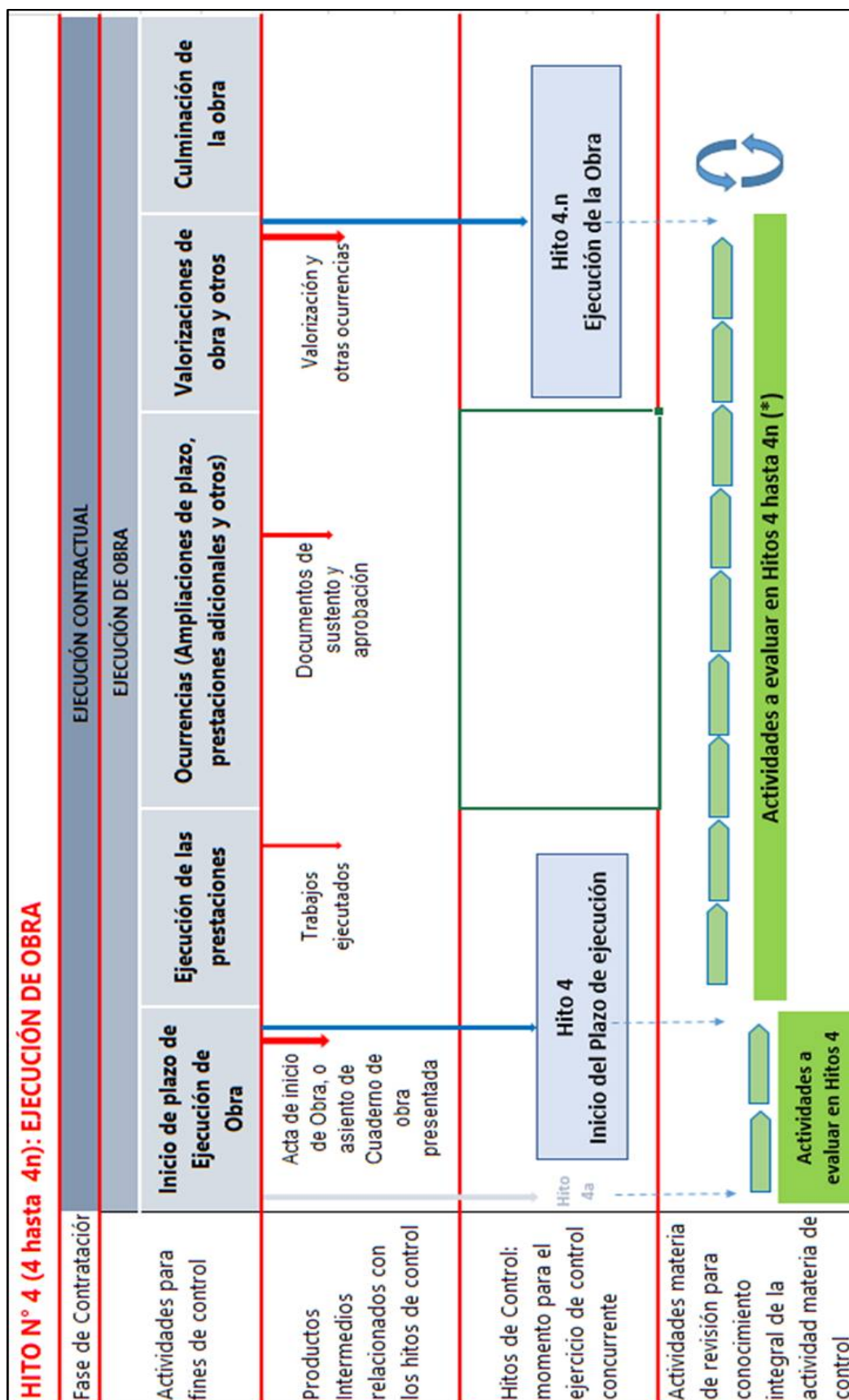
c) EJEMPLOS DE HITOS DE CONTROL ESTABLECIDOS PARA UN PROCESO DE CONTRATACIÓN DE OBRA

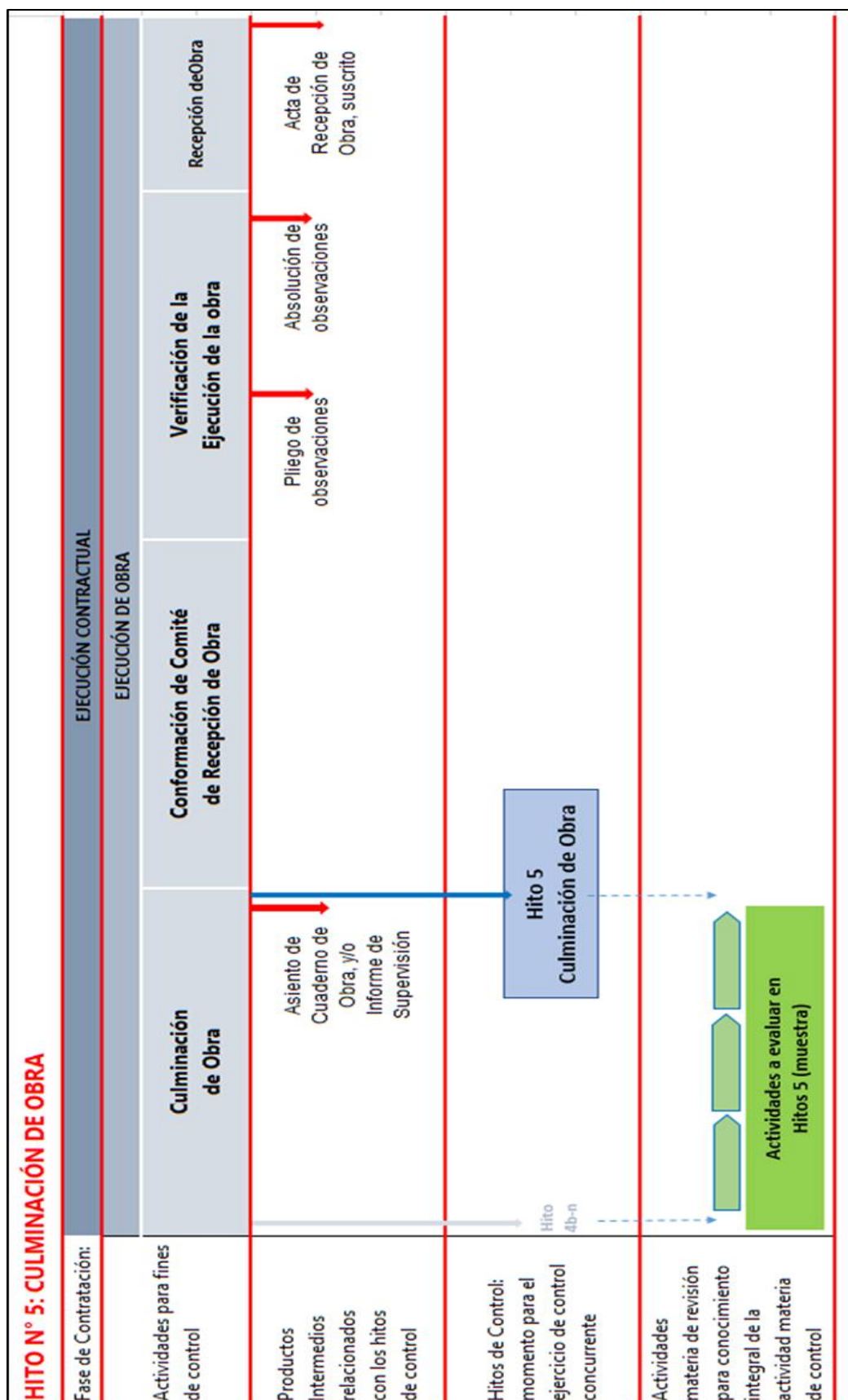
Para una explicación más didáctica de lo que se entiende por Hitos en este nuevo método de control estatal contra la corrupción de funcionarios, creemos pertinente adjuntar cuadros en los que se detalle las diferentes etapas de la contratación de obra, y esto en concordancia con lo establecido por el Texto Único Ordenado de la

Ley N° 30225, **Ley de Contrataciones del Estado**. Aprobado
mediante Decreto Supremo N° 082-2019-EF.









d) REGISTRAR EL SERVICIO DE CONTROL CONCURRENTENTE EN EL APLICATIVO

El jefe de comisión de control registra la Orden de Servicio del Control Concurrente en el aplicativo establecido por la Contraloría. Se apertura una Orden de Servicio por cada hito de control a evaluar.

e) GESTIONAR RECURSOS Y MATERIALES PARA LA COMISIÓN DE CONTROL

El gerente de la unidad orgánica o el Jefe de OCI a cargo del servicio de control concurrente gestiona la asignación de los recursos logísticos y económicos necesarios a las unidades orgánicas que corresponda, para el desarrollo del servicio de control concurrente.

f) ELABORAR PLAN DE CONTROL CONCURRENTENTE

El Supervisor y el jefe de la comisión de control elaboran el Plan de Control Concurrente, el cual comprende todos los hitos de control a desarrollar, teniendo en consideración lo siguiente:

- Información del proceso de Planeamiento.
- Información que obtienen de la entidad o de otras fuentes respecto a la materia de control.
- Las etapas del proceso, los hitos de control y los riesgos asociados a cada producto intermedio, definidos por la comisión de control.
- El **Plan** es aprobado **por el gerente de la unidad orgánica o el Jefe de OCI** a cargo del servicio de control.
- Las **modificaciones al Plan** de Control Concurrente **deben ser sustentadas y son aprobadas** por el gerente de la

unidad orgánica o el Jefe de OCI que tiene a su cargo el desarrollo del control concurrente.

g) ELABORACIÓN DE INSTRUMENTOS DE VERIFICACIÓN

Son herramientas diseñadas por la comisión de control con el propósito orientar y facilitar la aplicación de las técnicas de control (inspección, observación, comprobación, comparación, análisis, entre otras), que pueden ser: actas, cuestionarios, entrevistas, fichas de observación, cédulas del trabajo (análisis).

Para fines didácticos adjuntamos un ejemplo de este tipo de documentos que sirven como instrumentos de verificación, así tenemos a *un acta de inspección física*, vale recalcar que el fin de este tipo de instrumento es el de tomar conocimiento de la situación actual y verificar los trabajos que se hayan avanzado, lo cual ayuda a una intervención oportuna por parte del Sistema de Control en los casos de corrupción de funcionarios, evitando así un perjuicio mayor al Estado, pues evita que tal irregularidad sea consumada.

ACTA DE INSPECCIÓN FÍSICA N.º 01-2018-CG/MPROY-AS

Siendo las 8:00 horas de 7 de setiembre de 2018, los integrantes de la Comisión de Control que efectúa la "Acción Simultánea al Proyecto Especial ~~Chinecas~~ del Gobierno Regional Ancash, Servicio de Consultoría de Obra para la Elaboración del Expediente Técnico del Proyecto: "Adecuación Del Proyecto Original ~~Chinecas~~ al Esquema Reestructurado de la Contraloría General de la República y los representantes del Proyecto Especial ~~Chinecas~~, dieron inicio a la inspección física a la zonas o áreas donde se ejecutará el citado proyecto con la finalidad de tomar conocimiento de la situación actual del mismo y verificar los trabajos que se vienen ejecutando por el Proyecto Especial ~~Chinecas~~ del Gobierno Regional de Ancash.

En ese sentido, los participantes de la presente inspección se detallan a continuación:

Representantes Proyecto Especial ~~Chinecas~~ del Gobierno Regional de Ancash:

Nombres y Apellidos	Cargo	DNI	Colegiatura
Wilfredo Quevedo Cabrera	Procurador Ad Hoc	41782110	
Patrick Cuesto Samiento	Gerencia de Operaciones y Mantenimiento	41438682	

Representantes de la Contraloría General de la República:

Nombres y Apellidos	Cargo	DNI	Colegiatura
Anna Chavez Soto	Jefe de Equipo	10129635	CPC 25549
Sherley Jennifer Bruna Balleza	Integrante de Equipo	18094161	CIP 66947
Jhon Maxwell Berites Principe	Integrante de Equipo	43839962	CIP 195628

Es necesario precisar que el Proyecto Especial ~~Chinecas~~ abarca parte de las provincias de Santa y Casma del Departamento de Ancash, incluye los Valles Santa, ~~Lacramarca~~, Nepeña y Casma – Sechin, cuyo esquema general se muestra a continuación:



Imagen 0.1. 07/09/2018
Esquema general del Proyecto Especial ~~Chinecas~~

h) ELABORACIÓN Y APROBACIÓN DEL DOCUMENTO DE ACREDITACIÓN

El Jefe de OCI o el gerente de la unidad orgánica a cargo del servicio de control emite el documento de acreditación, dirigido al titular de la entidad bajo su ámbito de control.

Se emite solo un documento de acreditación, cuyo alcance comprenderá todos los hitos de control; sin perjuicio que se comunique al titular de la entidad, las modificaciones posteriores (roles de supervisor y jefe de equipo), el cual una vez recepcionado se registra en el aplicativo establecido por la Contraloría.

i) ACREDITACIÓN E INSTALACIÓN DE LA COMISIÓN DE CONTROL

La comisión de control se presenta ante el titular de la entidad o funcionario que este designe.

El jefe de la comisión comunica el inicio, los objetivos y el alcance del servicio de control concurrente; así mismo, solicita que se otorguen las facilidades a la comisión de control para el desarrollo de sus actividades, como vemos en el cargo que adjuntamos a modo de ejemplo:

010640

CARGO

100/28/119 4

URGENTE

LA CONTRALORÍA
GENERAL DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Serpast S.A.
20 ENE. 2019
GEN - CUSCO

Encargado

OFICIO N° 00019-2019-CG/GCMEGA

Señor
Jean Benavente Garcia
Gobernador Regional
Gobierno Regional de Cusco
Av. Tomasa Tito Condemayta Lote 101
Wanchaq /Cusco /Cusco

2 ENE. 2019

Hora 10-20 Folios

Jean Benavente Garcia
AV. TOMASA TITO CONDE MAYTA LOTE 101
CUSCO-CUSCO 00000
019-2019-CG/GCMEGA-R03212 000008

Jesús María, 24 de enero de 2019

ASUNTO : Acreditación de Comisión de Control Concurrente al Proyecto de Inversión "Mejoramiento de la Capacidad Resolutiva de los Servicios de Salud del Hospital Antonio Lorena Nivel III - 1 - Cusco".

REF. : a) Artículo 8° de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.
b) Segunda Disposición Complementaria Final de la Directiva N° 005-2017-CG/DPROCAL "Control Concurrente para la Reconstrucción con Cambios" aprobada mediante Resolución de Contraloría N° 405-2017-CG, de 3 de noviembre de 2017.
c) Lineamientos de Política para el Planeamiento del control gubernamental a cargo del Sistema Nacional de Control: periodo 2019-2021, aprobado por Resolución de Contraloría N° 546-2018-CG de 31 de diciembre de 2018.


Me dirijo a usted con relación a la normativa de la referencia, a través de la cual se regula el ejercicio del control concurrente a megaproyectos, realizado por la Contraloría General de la República, con la finalidad de contribuir oportunamente a la mejora de la gestión de las entidades sujetas al ámbito del Sistema Nacional de Control.

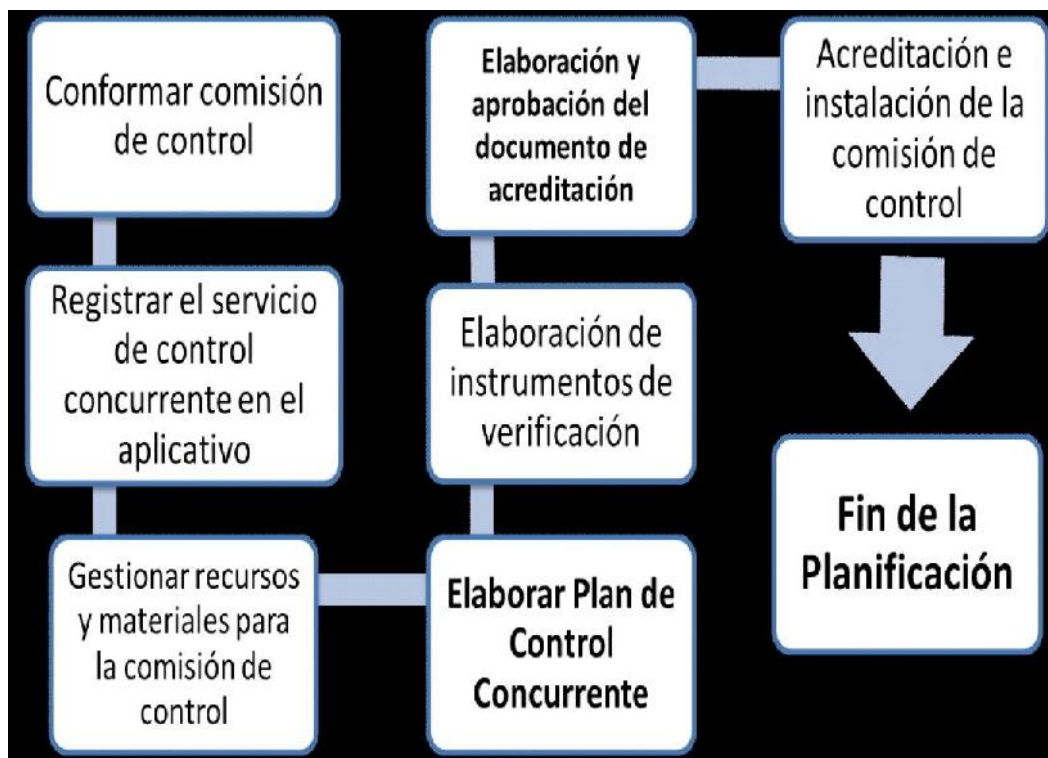
Sobre el particular, esta Entidad Fiscalizadora Superior ha dispuesto la realización del Servicio de Control Concurrente al Proyecto "Mejoramiento de la Capacidad Resolutiva de los Servicios de Salud del Hospital Antonio Lorena Nivel III - 1 - Cusco", para lo cual se llevará a cabo un acompañamiento en la ejecución del citado Proyecto durante el año 2019, a fin de alertar oportunamente situaciones adversas que puedan afectar el cumplimiento de sus objetivos.

En ese sentido, se ha designado una Comisión de Control, conformada por: Econ. Giancarlo Saldarriaga Vásquez, Ing. Erwin Garrafa Valenzuela; Ing. Marco Romero Vargas, Econ. Hans Huamani Capcha, Ing. Luis Guerrero Alvítez y Abog. Olga Flores Moreno, como Supervisor, Jefe de Comisión e integrantes, respectivamente; quienes, para cumplir con sus labores, requieren que las unidades orgánicas competentes puedan brindar la información y las facilidades del caso para el logro de los objetivos previstos.

Es propicia la oportunidad para expresarle las seguridades de mi consideración.

Atentamente,





6.3. EJECUCIÓN DEL CONTROL CONCURRENTE EN LA ENTIDAD:

La unidad orgánica de la Contraloría a cargo del operativo comunica el inicio del operativo al Titular del sector, al Titular del organismo autónomo o al Titular del gobierno sub-nacional, del cual dependen el grupo de entidades comprendidas en el alcance del control simultáneo, asimismo hace de su conocimiento que los equipos de control simultáneo serán acreditados ante el titular de cada entidad comprendida en el operativo.

Efectuada la acreditación ante el Titular de la entidad, los equipos del control simultáneo inician la aplicación de los procedimientos contenidos en el plan del Operativo.

Si durante el desarrollo de la etapa de ejecución el equipo de control simultáneo identifica hechos respecto de los cuales la entidad debe

adoptar medidas preventivas inmediatas el responsable de la unidad orgánica de la Contraloría o el OCI que tiene a su cargo al equipo de control simultáneo, comunica los hechos identificados al Titular de la entidad.

Cuando existan situaciones que limiten o dificulten que la comunicación al titular de la entidad sea realizada por la unidad orgánica de la Contraloría o el OCI, esta es realizada de manera excepcional por el jefe del equipo de control simultáneo.

La comunicación de hechos durante el desarrollo de la etapa de ejecución, no afecta la obligación de emitir el informe de control simultáneo, el cual debe incluir los hechos comunicados de manera previa a su emisión.¹¹⁴

7. THE WHISTLEBLOWER PROTECTION ENHANCEMENT ACT (LEY DE MEJORA DE LA PROTECCIÓN A LOS INFORMANTES)

“Sin los denunciantes, el 92% de criminales seguiría actuando sin que nadie se dé cuenta. La corrupción tiene éxito si nadie conoce qué ocurre, y va a permanecer como algo rentable que llega a convertirse en algo que se tiene que hacer para competir”¹¹⁵

¹¹⁴ Esto en concordancia con el literal b) del numeral 7.2.2 de la Directiva n.º 017-2016-CG/DPROCAL.

¹¹⁵ Stephen M. Kohn quien aseguraba en la Conferencia Magistral en la CAII 2018 que **en Estados Unidos el 92% de casos de corrupción descubiertos es gracias al sistema de protección al denunciante**. Kohn es uno de los abogados de denunciantes más importantes de su país. Logró que su cliente (UBS Bradley Birkenfeld) reciba una recompensa de 104 millones de dólares, el mayor pago realizado a un denunciante. El National Law Journal lo considera uno de los 50 mejores abogados de los denunciantes en Estados Unidos. Su libro más reciente es *The New Whistleblower's Handbook: Una guía paso a paso para hacer lo correcto y protegerse*.

Es pertinente dilucidar qué se entiende por *Whistleblower*¹¹⁶, así tenemos varias definiciones acerca de este término y su desarrollo a través del tiempo:

- Uno de los primeros usos modernos fue el del activista Ralph Nader, de los Estados Unidos, quien en 1971 lo describió como *“un acto de un hombre o mujer quien, creyendo que el interés público sobrepasa el interés de la organización a la que sirve, da la alerta [sopla el silbato, blows the whistle] de que la organización está envuelta en actividad corrupta, ilegal, fraudulenta o dañina”*¹¹⁷
- Marcia P. Miceli y Janet P. Near, de Estados Unidos, lo definieron en 1982 como *“la revelación de prácticas de los miembros organizacionales (pasados o presentes) ilegales, inmorales o ilegítimas bajo control de sus empleadores a personas u organizaciones que puedan tener capacidad de tomar acción.”*¹¹⁸ Esta es una de las definiciones más aceptadas en la doctrina, incluso en los textos más recientes.
- Otros se han centrado en el whistleblowing principalmente como un elemento de la libertad de expresión y del derecho de

¹¹⁶ La Whistleblower Protection Act de 1989 (Ley de Protección a Denunciantes, en adelante WPA) dispone de protecciones para empleados federales de la rama ejecutiva que son víctimas de represalias por efectuar revelaciones sobre mala conducta en el gobierno. Las protecciones de la WPA son aplicables cuando una “acción de personal” (represalia) es tomada “a causa de” una “revelación protegida” efectuada por un “empleado cubierto.”

¹¹⁷ Nader, Petkas and Blackwell, Whistleblowing, 1972, citado en Rongine, Nicholas M., *Towards a Coherent Legal Response to the Public Policy Dilemma Posed by Whistleblowing*, American Business Law Journal, Summer 1985, vol. 23, iss. 2, pp. 28.

¹¹⁸ Citado en Mesmer-Magnus y Viswesvaran, *Whistleblowing in Organizations: An Examination of Correlates of Whistleblowing in Organizations: An Examination of Correlates of Whistleblowing Intentions, Actions and Retaliation*, Journal of Business Ethics, 62, 277-297, 2005.

los individuos de expresar disenso. El australiano Peter Jubb lo define de forma tal, que se entiende necesariamente de una acción pública:

*“El whistleblowing es un acto de revelación deliberado y no obligatorio, el que se vuelca al registro público y es efectuado por una persona que tiene o ha tenido acceso privilegiado a datos o información de una organización, sobre ilegalidad no trivial u otras malas conductas sean reales, sospechadas o anticipadas, que implica y está bajo control de dicha organización, a una entidad externa que tiene el potencial para rectificar la mala conducta.”*¹¹⁹

- Stuart Dawson, amplía la definición anterior y entrega su propio concepto de la siguiente forma: *“es la revelación deliberada, voluntaria, de malas prácticas individuales u organizacionales por una persona que tiene o ha tenido acceso privilegiado a datos, eventos o información sobre una mala conducta real, sospechada o anticipada dentro o por una organización, que está dentro de su capacidad de control. La revelación puede ser interna o externa y puede entrar o no entrar al registro público”*¹²⁰
- Definiciones más recientes se han centrado en aspectos laborales. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) lo define como *“La denuncia hecha por trabajadores o ex trabajadores de prácticas ilegales, irregulares, peligrosas o*

¹¹⁹ Jubb, Peter B., *Whistleblowing: A Restrictive Definition and Interpretation*, Journal of Bussiness Ethics, 21, 77-94, 1999.

¹²⁰ Dawson, Stuart, *Whistleblowing: A Broad Definition and Some Issues for Australia*. Bussiness Ethics Research Unit, School of Management, Victoria University of Technology, Australia, 2000 (pp. 2).

antiéticas de empleadores.” También en un sentido laboral, Richard Calland y Guy Dehn describen el whistleblowing de la siguiente manera: “el whistleblowing es actualmente utilizado para describir las opciones disponibles a un trabajador para plantear inquietudes sobre mala conducta en el lugar de trabajo. Se refiere a la revelación de la mala conducta que amenaza a otros, más que a un agravio personal. El whistleblowing cubre el espectro de tales comunicaciones, desde plantear la inquietud con administradores, con aquellos a cargo de la organización, con reguladores, o con el público (sea a través de los medios o de otra manera). Y el propósito del whistleblowing no es el perseguir alguna venganza personal, sino que ese riesgo pueda ser evaluado y, cuando proceda, ser reducido o removido.”¹²¹

En tal sentido, podemos deducir los elementos típicos que caracterizan al *whistleblowing* en la doctrina extranjera:

a) REVELACIÓN O COMUNICACIÓN

El whistleblowing consiste, en primer lugar, en la comunicación de una persona a otra de la ocurrencia de un hecho determinado. Si no existe esta comunicación, significa que el hecho mismo no existe, o que la persona ha preferido mantener el silencio.

¹²¹ Banisar, David, Whistleblowing International Standards and Trends. Estudio especializado para la Primera Conferencia Internacional sobre Corrupción y Transparencia: Debatiendo las Fronteras entre Estado, Mercado y Sociedad, Ciudad de México, 23-25 de marzo de 2006. Laboratorio de Documentación y Análisis de la Corrupción y la Transparencia, Instituto de Investigaciones Sociales, UNAM, México, 2006 (pp. 4).

Las diversas definiciones no abundan en cuanto a qué constituye efectivamente la comunicación del hecho o bien no especifican forma alguna de efectuarla. Este es un aspecto que más bien es dejado a normas específicas sobre procedimientos de denuncia.

Diversas legislaciones limitan la comunicación a formas y requisitos determinados, excluyéndose a veces las revelaciones anónimas, las que no sean hechas con el propósito específico de informar sobre una conducta indebida (por ejemplo, las que sean hechas en forma casual y no deliberada) o las efectuadas bajo otros contextos (por ejemplo, las revelaciones que podrían salir a la luz dentro de un proceso judicial a propósito de un conflicto de otra especie), entre otras.

Desde el punto de vista de la libertad de expresión, sin embargo, debería entenderse que en lo conceptual no es relevante el que la comunicación sea efectuada de alguna forma específica o que cumpla con requisitos determinados.

b) CARÁCTER DE LA INFORMACIÓN REVELADA. (INTERÉS PÚBLICO)

En cuanto a la información misma que es revelada, muchas definiciones señalan que la información a ser revelada debe revestir el carácter de “*interés público*”. La calificación del *whistleblowing* para significar la revelación de conductas que afectan más que al interés personal o privado de la persona que efectúa la revelación, se ajusta con la mayoría de las actuales concepciones de política pública del término.¹²²

¹²² Brown y Donkin, Ob.cit. (pp. 8). Los autores sostienen que los objetivos de los muchos regímenes legislativos para la protección a denunciantes del sector público actualmente vigentes en Australia apuntan a la revelación de asuntos de interés público.

Si bien la preocupación por la regulación de la protección a denunciantes obedece a que sus revelaciones son valiosas para el interés público, una interpretación restrictiva de lo que se debe entender por “*interés público*” puede derivar en el problema de limitar la aplicación de la ley con respecto a las denuncias y a las protecciones. La valoración sobre el carácter de la información revelada, en ocasiones, sólo puede determinarse una vez que la denuncia ya haya pasado por un procedimiento, aún preliminar, de evaluación o investigación.

En este sentido, un denunciante podría efectuar la comunicación del hecho sin poder determinar -por sus propios medios- si es o no de interés público, ya que dicha calificación corresponderá a la persona o el órgano ante el cual se efectúa la denuncia. Así, mientras no sea calificada como de interés público, la denuncia podría ser desatendida, aun cuando pudiera llevar a detener o prevenir un riesgo potencial, y el denunciante podría no quedar amparado frente a las represalias de las que igualmente podría ser objeto.

Si bien es claro que no toda revelación de información merece el tratamiento de *whistleblowing* o el otorgamiento de protecciones, es relevante que se interprete en forma amplia en las legislaciones todo aquello que potencialmente pudiera ser de interés público. No debe confundirse el carácter de “*interés público*” con las motivaciones del denunciante, esto es, no es relevante aquí si la denuncia se efectúa deliberadamente en pos del interés público o sólo para el interés privado del denunciante; tal carácter debe atender exclusivamente a la información misma que es revelada y no al propósito o apreciación del denunciante.

c) LA CONDUCTA DENUNCIADA: CONTENIDO ESPECÍFICO DE LA INFORMACIÓN REVELADA

Las definiciones abordan de distintas maneras el tipo o la materia específica que constituye la denuncia, esto es, la conducta que es denunciada. Las definiciones antes citadas describen el objeto del *whistleblowing* de las siguientes formas:

- “actividad corrupta, ilegal, fraudulenta o dañina”
- “prácticas (...) ilegales, inmorales o ilegítimas”
- “información significativa sobre corrupción y malas conductas”
- “ilegalidad no trivial u otras malas conductas sean reales, sospechadas o anticipadas”
- “prácticas ilegales, irregulares, peligrosas o antiéticas”
- “mala conducta que amenaza a otros”
- “conducta ilegal u otros riesgos serios, de o en relación con las actividades de una organización, incluyendo las actividades relacionadas con el trabajo de su personal”
- “una mala conducta real, sospechada o anticipada dentro o por una organización”

d) MOTIVACIÓN DEL DENUNCIANTE. REQUERIMIENTOS SUBJETIVOS DE LA DENUNCIA

Los requerimientos a las intenciones del denunciante se plasman, más que en las definiciones en doctrina, en las normas que tratan la materia, aunque no necesariamente en las definiciones contenidas en ellas. Por ejemplo, el artículo 33° de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, a propósito de la protección de denunciantes, señala los elementos de “*buena fe*” y “*motivos razonables*”.

Artículo 33. Protección de los denunciantes

Cada Estado Parte considerará la posibilidad de incorporar en su ordenamiento jurídico interno medidas apropiadas para proporcionar protección contra todo trato injustificado a las personas que denuncien ante las autoridades competentes, de buena fe y con motivos razonables, cualesquiera hechos relacionados con delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

La exigencia de buena fe u otros requerimientos subjetivos también significan la exclusión de las denuncias infundadas, frívolas o maliciosas, sin perjuicio de los mecanismos que pudieran establecerse para prevenirlas.

Sin embargo, la cuestión del motivo del denunciante está ausente de definiciones doctrinarias más amplias y modernas, pues un asunto válido o de interés público puede ser denunciado sin que la persona necesariamente sea llevada por motivos altruistas. Las revelaciones hechas por razones que sirvan a propósitos propios o como parte de un agravio personal pueden mantener igualmente su carácter como revelaciones de relevancia para el interés público.

La cuestión del motivo por tanto ha sido largamente mirada en la doctrina como irrelevante para efectos de si una revelación califica o no como *whistleblowing*. Una forma de entender la motivación del denunciante como de importancia secundaria es bajo el modelo de “*comportamiento organizacional prosocial*”, comportamiento que es definido por algún segmento significativo de la sociedad y/o del propio grupo social al que se pertenece como beneficioso, en general, para otras personas, sin importar cuales fueren los motivos personales perseguidos en el caso individual, si los hubiera.

Bajo este modelo de comportamiento se entiende que la decisión de dar la alerta es un proceso complejo y no unitario: está relacionado con una variedad de factores individuales, organizacionales y de situación, incluyendo el juicio sobre si el informar tendrá o no probabilidad de cambiar el comportamiento denunciado.

Esta aproximación contrasta con otras en que el *whistleblowing* es presentado como siempre desinteresado, aunque ello sea improbable; en estas otras aproximaciones el *whistleblowing* ha sido descrito como un ejemplo de desobediencia civil, de resistencia ética y/o disenso organizacional de principios, como si el razonamiento ético estuviera siempre envuelto.¹²³

Asimismo, creemos pertinente resaltar que el autor y conferencista internacional Stephen M. Kohn invitó a que se pueda tomar el modelo del actual programa de denunciantes que se aplica en los EEUU, el mismo que se originó durante la época del presidente Abraham Lincoln en 1,863 (después de la Guerra Civil), con una Ley para Denunciantes que empoderó a la ciudadanía para poder denunciar casos de corrupción y recompensarlos.

Esa Ley ha sido modernizada por los siguientes gobiernos, **estableciendo como incentivos el pago a denunciantes por información (previa evaluación) y con la protección de su identidad, lo que ha tenido un efecto revolucionario.**

Anotó que el pagar una recompensa, se da a la ciudadanía o los denunciantes un mensaje para superar las barreras del miedo, la duda o el temor. **En el año 2017, el gobierno de EEUU pagó a denunciantes 392 millones de dólares,** y

¹²³ Brown y Donkin, Ob.cit. (pp. 11-12)

a nivel de todos los programas de denunciantes en ese país, se pagó más de 500 millones de dólares.¹²⁴

Por lo tanto, podemos ver que el país norteamericano es quien ha desarrollado de manera más eficiente su sistema jurídico en la protección de denunciantes, lo cual merece una descripción más extensa.

7.1. LA PROTECCIÓN A LOS DENUNCIANTES EN LOS ESTADOS UNIDOS.

Estados Unidos cuenta con docenas de leyes de whistleblowing a nivel estatal y federal, que se han diseminado en el país sobre todo desde la primera mitad de la década de 1980.

Solamente a nivel federal, existen más de cincuenta piezas de legislación sobre la materia. A nivel federal, destacan principalmente tres leyes diferentes, en cuanto a su impacto, alcance y tratamiento en la literatura especializada:

- La Whistleblower Protection Act ¹²⁵
- La Sarbanes-Oxley Act

¹²⁴ En el portal web de la Contraloría General de la República: http://doc.contraloria.gob.pe/CAII/2018/esp/docs/prensa/NP_Stephen_Kohn_EEUU.pdf

¹²⁵ La WPA tiene su origen en enmiendas que introdujeron disposiciones de protección a denunciantes en 1978 a la Civil Service Reform Act (CSRA). Con estas disposiciones se creó el órgano primario encargado de tratar las denuncias, la Office of Special Counsel (OSC). Sin embargo, la ley tuvo muy poca aplicación durante los primeros diez años de operación de la OSC, y la necesidad de mejoras llevó a la elaboración de la WPA de 1989.¹⁹¹ El Congreso declaró que el propósito de la legislación era: “fortalecer y mejorar la protección de los derechos de los empleados federales, evitar las represalias, y ayudar a eliminar las malas conductas dentro del Gobierno a través de – (1) ordenar que los empleados no sufran consecuencias adversas como resultado de prácticas de personal prohibidas; y (2) establecer... que mientras el disciplinar a aquellos que cometan prácticas de personal prohibidas puede ser utilizado como medio a través del cual se puede ayudar a alcanzar tal meta, la protección de los individuos que son los sujetos de prácticas de personal prohibidas permanece la consideración primordial.”¹⁹² La WPA fue posteriormente enmendada en 1994; a comienzos de 2007 fue introducido en la Cámara de Representantes un proyecto de mejora (Whistleblower Protection Act 2007) promovido con el objeto de subsanar resquicios de la WPA de 1989 pero que finalmente no prosperó en el Senado.

- La False Claims Act.

El denominador común de las múltiples legislaciones de protección a denunciantes en los Estados Unidos es una protección al individuo basada principalmente en la Primera Enmienda de la Constitución, que protege la Libertad de Expresión.

Con esta justificación, la legislación se enfoca en la protección contra represalias hacia la persona que efectúa la revelación, más que en la revelación misma. La principal legislación a nivel federal, la *Whistleblower Protection Act*, refleja esta motivación y tiende a facilitar la posibilidad de efectuar revelaciones, con pocos criterios sustantivos para que las revelaciones sean protegidas, y con la inclusión de protecciones fuertes contra las represalias y para la confidencialidad de la denuncia.

La legislación sobre protección a denunciantes en los Estados Unidos se ha desarrollado en gran medida gracias a la alteración de la doctrina denominada *at-will employment* (libre despido), que daba derecho a los empleadores a despedir a los trabajadores por cualquier razón, o por ninguna razón. Esta doctrina, adoptada y no controvertida a fines del siglo XIX, fue fuertemente criticada en el siglo XX, reconociéndose en la doctrina y en la jurisprudencia la existencia de abusos por parte de empleadores, lo que llevó a la creación de una excepción a su aplicación, que consiste en que el despido puede justificarse por cualquier razón, excepto por alguna razón que signifique una violación a las políticas públicas.

Así, en la mayoría de los estados los denunciantes cuentan con el derecho a demandar por despido injustificado si logran demostrar que fueron despedidos por realizar alguna acción incentivada por las políticas

públicas, o por rehusarse a hacer algo en contravención a las políticas públicas. En forma simultánea a las crecientes críticas a la doctrina de *at-will employment*, fue desarrollándose un público reconocimiento a los empleados *whistleblowers* en una sociedad democrática, que efectúan una contribución duradera para mejorar las instituciones públicas y privadas.

En la actualidad, la doctrina de *at-will employment* está obsoleta, y en la gran mayoría de los Estados, como mínimo, se reconocen cuatro tipos de actividades que caen bajo la excepción de política pública: (1) empleados que se rehúsan a infringir una ley, un mandato constitucional o alguna otra regulación; (2) empleados que desempeñan una obligación requerida por la ley; (3) empleados que ejercen un derecho legalmente protegido, y (4) empleados que denuncian una infracción a la ley para el beneficio público. La mayoría de los estados no requieren en absoluto que las revelaciones estén vinculadas a una infracción a la ley penal.

Conforme a esta estructura básica, en que el denunciante debe demandar para que se pueda aplicar la protección a denunciantes a su respecto, típicamente se requiere que el empleador haya tenido conocimiento de la denuncia, y que el acto de represalia haya sido al menos en parte motivado por la denuncia. Por su parte, la defensa usualmente consistirá en justificar que el acto de represalia se fundamenta en otra conducta del denunciante, distinta de la denuncia. En esta confrontación, la relativa calidad de la ley respectiva, en cuanto al nivel de protección que otorga al denunciante, estará determinada por el equilibrio de la carga de la prueba entre ambas partes.

Sin perjuicio de lo anterior, en la litigación ante tribunales, los empleados no están limitados a restringir la causa de acción a las excepciones de política pública. Ya que los empleadores que toman represalias en contra

de los denunciantes frecuentemente cometen otras ilegalidades, éstas dan lugar a otras acciones independientes. Los elementos de prueba para estas otras acciones potenciales frecuentemente se relacionan de forma sustancial con los elementos de una demanda de despido por represalia. Algunos ejemplos de tales causas de acción adicionales incluyen infracción de contrato, daño moral, fraude, negligencia, invasión a la privacidad, difamación, etc.

CAPÍTULO VII

CONCLUSIONES:

1. El Sistema de Control Anticorrupción tiene dos componentes, la primera es Institucional: Contraloría y Sistema de Justicia; 2) La Participación Ciudadana, como sujetos activos y no sólo críticos del gobierno de turno.
2. Actualmente, la Corrupción ha evolucionado a una red de interés político-económico, ya no es un fenómeno de carácter individual. Se han vinculado las esferas públicas y privadas.
3. Nuestro país debe implementar la política de protección y recompensa al denunciante, teniendo en cuenta que el agente que planea o inicia la corrupción no entra al programa, sólo los que participan. La información es poder, si sabemos el problema podemos actuar al respecto.
4. La ley para denunciantes sería la más poderosa herramienta del Gobierno contra el fraude, un ejército de ciudadanos vigilantes y capacitados. El pago es un mensaje del Gobierno y esto altera la conducta de la población, tiene un fuerte impacto de marketing (recompensa).
5. El programa de denunciantes inmuniza y confidencializa al denunciante, así también sea parte de la corrupción, por lo que ésta ley debe ser considerada como base para un programa anticorrupción.
6. Es más eficaz prevenir que tener sistemas represivos. Debemos generar un sistema de supervisión previo que sea costado por empresas certificadoras autónomas con aval del Estado y sometidas a una supervisión directa. Los contratistas son quienes deben aportar para el pago de las certificadoras.

7. Se debe implementar la restricción de contratar con empresas condenadas por delitos de corrupción y fortalecer la inversión de la carga de la prueba.
8. En el escenario actual de la criminalidad empresarial, la aparición e inserción del modelo de prevención delictiva o *criminal compliance* resulta ser un mecanismo importante para prevenir, controlar y denunciar actos de corrupción. Ahora, en un contexto como el peruano, es necesario y pertinente identificar las características mínimas que debe tener un modelo de prevención dentro de cada empresa, así como la manera en que se implementa efectivamente.

BIBLIOGRÁFICA

1. ZAFFARONI, Eugenio Raúl en *“Tratado de Derecho Penal- parte general tomo I”*, EDIAR, 1º edición, Buenos Aires, Argentina.
2. GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *“Los procedimientos administrativos sancionadores (en las entidades de la administración pública)”*. Editora Gaceta Jurídica S.A, primera edición, Lima 2016.
3. <http://www.olacefs.com/historia/> *“Historia de la Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores.”*, 15 de Noviembre del 2018.
4. GÒMEZ TOMILLO, Manuel / SANZ RUBIALES, I. *Derecho administrativo sancionador, Parte General (Teoría general y práctica del derecho penal administrativo)*. Editora ARANZADI, 3ra edición, Argentina 2013.
5. M.A. Ruffo. *Diritto penales amministrativo dopo la legge*, Editorial Padova 2000. Italia 1999.
6. CEREZO MIR. *Límites entre el derecho penal y el derecho administrativo*. Editora ADPCP. Madrid 1975.
7. ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho*. Editora Marcial Pons. Versión española, Madrid 2016.
8. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo. Volumen II*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2000.

9. ROXIN, Claus, "*Sentido y límites de la pena estatal*" en Problemas básicos del Derecho Penal, trad. Diego Manuel Luzón Peña, Madrid, Reus, 1976.
10. LUQUÍN, Ernesto. *Repasando El Ius Puniendi, Iter Criminis* – Revista de Ciencias Penales Núm. 5 – Tercera Época Tlalpan, México – 2006.
11. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, Editorial Trotta.
12. NUVOLONE, Pietro, *Problemas de política criminal e reformas dos códigos*, en "M.P", Curitiba, 1976.
13. GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico. Parte General*, Piura, 2003.
14. SILVA SANCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho Penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Editorial Civitas, Segunda Edición, Barcelona, 2001
15. NIETO GARCÍA, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador* (4º ed.)
16. GARCÍA CAVERO, Percy, en el compendio *DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR*, Instituto Pacífico, 1ra edición-septiembre 2017
17. RETAMOZO LINARES, Alberto. *Procedimiento administrativo sancionador por Responsabilidad administrativa disciplinaria y funcional*. Gaceta jurídica, Lima 2015
18. SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la administración pública*, editora Grijley 2º edición

19. FOUCAULT, Michael. Vigilar y Castigar, el nacimiento de la prisión, Siglo XXI Editores, Argentina 2002.
20. BECCARIA, *Des délits et des peines*, éd. de 1856.
21. F. M. VERMEIL, *Essai sur les réformes à faire dans notre législation criminelle*, éd. De 1781.
22. J.-P. BRISSOT, *Théorie des lois criminelles*.
23. Estudio de la OCDE sobre integridad en el Perú: *reforzar la integridad del sector público para un crecimiento incluyente*, 2017.
24. Portal web de la Contraloría General de la República:
[http://doc.contraloria.gob.pe/CAII/2018/esp/docs/prensa/NP Stephen Kohn EEUU.pdf](http://doc.contraloria.gob.pe/CAII/2018/esp/docs/prensa/NP_Stephen_Kohn_EEUU.pdf)
25. Banisar, David, Whistleblowing International Standards and Trends. Estudio especializado para la Primera Conferencia Internacional sobre Corrupción y Transparencia: Debatiendo las Fronteras entre Estado, Mercado y Sociedad, Ciudad de México, 23-25 de marzo de 2006. Laboratorio de Documentación y Análisis de la Corrupción y la Transparencia, Instituto de Investigaciones Sociales, UNAM, México, 2006 (pp. 4).
26. Dawson, Stuart, Whistleblowing: A Broad Definition and Some Issues for Australia. Bussiness Ethics Research Unit, School of Management, Victoria University of Technology, Australia, 2000 (pp. 2).

27. Jubb, Peter B., Whistleblowing: A Restrictive Definition and Interpretation, *Journal of Business Ethics*, 21, 77-94, 1999.
28. Mesmer-Magnus y Viswesvaran, Whistleblowing in Organizations: An Examination of Correlates of Whistleblowing in Organizations: An Examination of Correlates of Whistleblowing Intentions, Actions and Retaliation, *Journal of Business Ethics*, 62, 277-297, 2005.
29. GARCÍA CAVERO, Percy, en el compendio DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, Instituto Pacífico, 1ra edición-septiembre 2017.
30. GÓMEZ TOMILLO, Manuel / SANZ RUBIALES, I. Derecho administrativo sancionador, Parte General (Teoría general y práctica del derecho penal administrativo). Editora ARANZADI, 3ra edición, Argentina 2013.
31. CEREZO MIR. Límites entre el derecho penal y el derecho administrativo. Editora ADPCP. Madrid 1975.
32. CASTILLO ALVA, José Luis. Principios de derecho penal. Parte general, Lima. Gaceta Jurídica 2002.
33. GARCÍA CAVERO, Percy. *“Intervenciones Delictivas en Estructuras Empresariales”* 1ª EDICIÓN, marzo 2019.
34. HURTADO POZO, José. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Cuestión política”, 2016.

35. “Manual sobre delitos contra la administración pública”, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), Ed. diciembre 2015.
36. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Principios de Derecho Administrativo. Volumen II. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2000.
37. ROUSSEAU, Juan Jacobo. Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres, 1754, Editora Tecnos.
38. J. BRULAMAQUI, jurista ginebrino, Principes du droit naturel.
39. SUAREZ GONZALES, Carlos, “La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del derecho penal”, Editora Grijley, 2001.
40. SANCHEZ VERA, “Delito de infracción de deber”, en libro homenaje al profesor Günter Jakobs, El funcionalismo en Derecho Penal, tomo I, Colombia, 2003.
41. LIZARRAGA GUERRA, Víctor. *Procedimiento administrativo sancionador en la función pública*. Iurista Editores, Lima 2019.
42. CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Octava edición, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.
43. OSPINO GUTIÉRREZ, Julio. *La acción de extinción de dominio*, Ediciones Nueva jurídica, primera

ANEXOS:

1-A) Resolución 1/18, corrupción y derechos humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

1-B) Convención de la Naciones Unidas contra la Corrupción.

1-C) Ley N° 30424, Ley que regula la Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas por el delito de Cohecho Activo Transnacional.

1-D) Acuerdo Plenario n.° 01-2013-CG/TSRA.

1-E) Acuerdo de culpabilidad entre la Fiscalía de los Estados Unidos y Odebrecht.

1-F) Sentencia del Tribunal Constitucional n.° 001-2015-PI/TC.